

Grunnloven – fortsatt mer enn et visittkort?

- I hvilken grad har det nye menneskerettighetskapittelet endret Grunnlovens positivrettslige karakter?

Kandidatnummer: 201
Leveringsfrist: 1. juni 2015
Antall ord: 35112



Forord

Masteroppgaven skal etter sigende være kronen på verket etter 5 år på jusstudiet. Det er litt av en utfordring! Fra min veileder fikk jeg høre at nå er det jeg som er fortelleren, og denne masteroppgaven er min fortelling. Hvordan skal jeg begynne?

En mulig begynnelse er at det virker relevant å skrive om Grunnloven i forbindelse med det store grunnlovsjubileet i 2014. En annen og like riktig begrunnelse for valget av tema, er at jeg helt fra jeg var ganske liten har vært glad i Eidsvollsbygningen. Fra før jeg begynte å bry meg noe særlig om samfunnsfag generelt og rettsvitenskap spesielt. Den ærverdige bygningen har stått som et symbol for det som skjedde der i 1814 og for Norges uavhengighet, og som romeriking er jeg spesielt stolt av at det skjedde her på Romerike. Jubileets logo har teksten «Ja vi elsker», og jeg kan slutte meg til utsagnet.

På samme måte som Stortinget har bevilget et betydelig beløp til restaurering og oppussing av selve Eidsvollsbygningen i anledning 200 års-jubileet, er grunnlovsjubileet en god anledning til å gjøre endringer av betydning i Grunnloven. Det har den fortjent. Alle fortjener å skinne og fremstå i all sin prakt ved eget jubileum. Men, det bør være mer enn bare festtaler og honnørord.

For å fortsette analogien til Eidsvollsbygningen, så trengte også Grunnloven en oppgradering. Da Carsten Anker overtok, renoverte han bygningen slik at den fremsto som usedvanlig flott og moderne i sin tid. Det samme gjorde Grunnloven. To hundre år senere var det behov for betydelig restaurering på Eidsvoll. Det samme vil man kunne si om Grunnloven.

Man kan godt elske grunnloven selv om man ikke har lest den, skriver Fredrik Sejersted, og legger til at det antagelig også er lettest da.¹ Grunnlovsjubileet i 2014 har forhåpentligvis gitt flere kjennskap til dens innhold. Og samtidig gitt dem som kjenner den, flere grunner til å elske den!

¹ Sejersted s. 548

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	4
1.1	Aktualisering	4
1.2	Problemstilling	4
1.3	Begrepsavklaringer	5
1.3.1	Positive og negative rettigheter	6
1.3.2	Subjektive rettigheter.....	6
1.3.3	Deklarative bestemmelser.....	6
1.4	Oppbygging av oppgaven	7
2	METODE.....	9
2.1	Innledning	9
2.2	Rettskilder	9
2.3	Metodiske utfordringer ved tolkning	11
2.3.1	Grunnlov	11
2.3.2	Formell lov	12
2.3.3	Forarbeider.....	13
2.3.4	Internasjonale konvensjonsforpliktelser	15
2.4	Oppsummering	18
3	UTVIKLINGEN AV RETTIGHETSVERNET, GRUNNLOVEN SOM POSITIV RETT OG DOMSTOLSKONTROLLEN MED LOVER.....	19
3.1	Innledning	19
3.2	Tilblivelsen i 1814	19
3.3	Utviklingen av rettighetsvernet i Grunnloven.....	21
3.4	Grunnloven som positiv rett og domstolskontrollen med lover.....	22
3.5	En særlig rolle for rettighetsområdet	24
3.6	Gradert rettighetsvern?.....	26
3.7	Gamle og «glemte» bestemmelser	31
3.8	Menneskerettigheter ikke tilstrekkelig vernet?	33
3.8.1	Innledning	33
3.8.2	Sivile og politiske rettigheter.....	34
3.8.3	Økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter	35
3.8.4	Det samlede rettighetsvernet i norsk rett	35
3.9	Oppsummering	36
4	MENNESKERETTIGHETER I GRUNNLOVEN.....	38

4.1	Innledning	38
4.2	Rettighetskatalogen Grunnloven kapittel E	39
4.2.1	Innledning	39
4.2.2	Generalklausulen Grunnloven § 92	39
4.2.3	Grunnloven § 93 - Rett til liv	50
4.2.4	Sivile og politiske rettigheter	61
4.2.5	Økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter	82
4.2.6	Rettighetskatalogen kort oppsummert	91
4.3	Begrensning av menneskerettigheter	92
4.3.1	Begrensninger i menneskerettighetskonvensjonene	93
4.3.2	Begrensninger i Grunnloven	93
4.3.3	Rettspraksis	94
4.3.4	Delkonklusjon	100
4.4	Menneskerettigheter under press?	101
5	GRUNNLOVEN - MER ENN ET VISITTKORT?	103
6	ETTERORD - I TRÅD MED GRUNNLOVENS ÅND OG PRINSIPPER.....	107
	LITTERATURLISTE.....	108

1 Innledning

1.1 Aktualisering

Tittelen på oppgaven er inspirert av en passus i Eivind Smiths *Konstitusjonelt demokrati*², der han skriver at konstitusjoner ofte har vært brukt som «visittkort», der staten tegner et idealbilde av seg selv. At vår konstitusjon ikke kan betegnes på denne måten, er sikkert nok. Grunnloven er i dag som i 1814 det juridiske grunnlaget for det norske demokratiet.

Som ledd i Stortingets forberedelser av grunnlovsjubileet, ble det nedsatt et utvalg som fikk i oppdrag å «utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven, med det mål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett, ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang» (Dette står i forordet i dokument 16, men finn vedtak fra stortingets presidentskap 18.juni 2009). Utvalget ble ledet av professor emeritus Inge Lønning og fikk således navnet Lønning-utvalget. Lønning-utvalget avga sin rapport 19.desember 2011 (*Dokument 16 (2011-2012)*) og skriver i sin rapport blant annet at det er «viktig å bevare grunnlovens rolle som symbol for nasjonen, men samtidig videreføre Grunnloven som et rettslig og politisk verktøy.»³

I forbindelse med 200 års-jubileet i 2014 er det gjort til dels store endringer i Grunnloven ved blant annet å innføre et eget kapittel om menneskerettigheter, som bygger på Lønning-utvalgets rapport. Det er også vedtatt å gi Grunnloven ny språkdrakt. Den språklige oppdateringen har ingen materiell betydning og er utenfor denne oppgavens tema.

Denne oppgaven skal se nærmere på det nye kapittelet om menneskerettigheter. Menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD) har avsagt noen dommer mot Norge de senere år. Dette kan være en indikasjon på at menneskerettighetene ikke er tilstrekkelig vernet, og gir således spørsmålet om grunnlovfesting av menneskerettigheter aktualitet.

1.2 Problemstilling

Et visittkort sier noe om hvem man er, og hvem eller hva man representerer. Gjerne på en spesielt flatterende måte. Men det er ikke på noen måte bindende for den som avgir eller mottar det. Vår konstitusjon har ikke vært et visittkort, men et rettslig verktøy.

² Smith 2013 s. 52

³ Dok.16 2011, s.62

Dersom endringene skal styrke individenes rettigheter, må de stå seg i prøving for domstolene. En forutsetning for domstolenes prøvingsrett, er at Grunnloven er positiv rett. Skal endringene gi noe nytt eller noe mer for individene, eller være mer enn en symbolsk gest i forbindelse med grunnlovsjubileet, må de være noe annet enn proklamasjoner.

Grunnlovens status som positiv rett, kan være av forskjellig grad for de ulike delene av den.⁴ Det kan synes som om nettopp denne statusen kan ha spilt en særlig rolle for rettighetsområdet og rettspraksis på det konstitusjonelle området gjelder i stor utstrekning inngrep i grunnlovsbeskyttede rettigheter.⁵ Det er bestemmelsene på rettighetsområdet denne oppgaven vil ta for seg når den skal vurdere grunnlovens status som positiv rett. Spørsmålet oppgaven skal forsøke å besvare er:

- I hvilken grad har det nye menneskerettighetskapittelet i Grunnloven endret dens positive rettslige karakter på rettighetsområdet? Er statusen blitt mer positivrettslig, mindre eller uendret?
 - Er de nye bestemmelsene i menneskerettighetskapittelet bærere av subjektive rettigheter, og gir disse noe nytt eller noe mer enn det som følger av lov og traktatforpliktelser?
 - Dersom de nye bestemmelsene ikke gir noe mer enn det som allerede følger av intern rett og traktatforpliktelser, er de likevel med på å endre Grunnlovens positive rettslige karakter på rettighetsområdet?

1.3 Begrepsavklaringer

I denne oppgaven er begrepene *positiv rett*, *menneskerettigheter* og *rettigheter* svært sentrale. Med positiv rett menes rettsregler som kan/skal anvendes av domstolen.

Menneskerettigheter vil i denne oppgaven være slike som er nedfelt i Grunnloven og bindende traktatforpliktelser. Menneskerettigheter dreier seg om noen grunnleggende krav til individets stilling og om forholdet mellom stat og individ. Menneskerettighetsbegrepet har sitt opphav i opplysningstiden. Datidens tenkere brukte betegnelsen medfødte eller iboende rettigheter. Det er disse rettighetene som er utgangspunktet for eller spiren til, dagens menneskerettigheter.

⁴ Rt. 1976 s. 1

⁵ Smith 2013 s. 314

Begrepet rettighet lar seg lettere definere. Som utgangspunkt kan man si at en rettighet for noen, medfører en plikt for andre. Rettighet og plikt er derfor et begrepspar som nødvendigvis henger sammen.

1.3.1 Positive og negative rettigheter

Rettigheter kan deles inn i henholdsvis positive- og negative rettigheter. Positive rettigheter gir rett på noe. Eksempel på en positiv rettighet er retten til opplæring som følger av opplæringsloven, og nå også av Grunnloven. Stemmerett er et annet eksempel. Ofte er positive rettigheter økonomiske eller sosiale, men de kan også være av kategorien sivile og politiske rettigheter, slik som eksempelet med stemmerett.

Negative rettigheter kjennetegnes ved at de først og fremst gir frihet fra inngrep. Eksempel på en negativ rettighet er for eksempel ytringsfrihet som følger av både Grunnloven og EMK mfl. Sivile og politiske rettigheter er gjerne av denne typen.

1.3.2 Subjektive rettigheter

Dersom en rettighet skal gi en mening, må den motsvarende plikten være reell. Vi er her tilbake til betydningen av positivrettslige bestemmelser. Dersom bestemmelsen retten utledes fra er positivrettslig og innebærer en plikt for den ene parten, kan vi snakke om en subjektiv rettighet for den andre. Retten til full erstatning ved ekspropriasjon som følger av Grunnloven § 105, er eksempel på en slik rettighet.

En rettighet kan være absolutt, på den måten at det ikke kan gjøres inngrep i den. Men rettigheter kan også være relative. Det vil si at det er en viss mulighet for å gjøre inngrep i dem gjennom lov eller på annen måte. Der det ikke klart fremkommer av grunnlovsteksten må rettighetsbestemmelsen tolkes for å klargjøre dens innhold, og dens kvalitet. Dersom den er ganske åpen for inngrep gjennom bestemmelser i for eksempel ordinær lov, kan den betegnes som relativ og mer anses som en politisk deklarasjon eller programerklæring.⁶

1.3.3 Deklarative bestemmelser

Grunnloven har helt fra starten inneholdt subjektive rettigheter for borgerne, for eksempel retten til frimodige ytringer, men fra 1954 har den blitt iblandet bestemmelser av helt eller

⁶ Smith 2013 s. 365

delvis deklarativ karakter. Grunnloven § 110 om retten til arbeid er en slik deklarativ bestemmelse. Bestemmelsen er et symbolsk uttrykk for en grunnleggende verdi i det norske samfunnet. Den er en programerklæring. Den pålegger kun statens myndigheter en plikt til å legge forholdene til rette for sysselsetting i utformingen av sin politikk. Den angir en plikt uten motsvarende rettighet.⁷

Som nevnt i oppgavens innledning, har Grunnloven flere oppgaver og flere roller. Den konstituerte i sin tid staten Norge og har stor symbolsk verdi. Den skal gi regler om statens styre. Videre skal den sikre borgerne deres rettigheter og gi dem beskyttelse mot overgrep fra staten. Den skal også være et rettslig og politisk redskap. Likevel må den få uttrykke verdier og symboler som står sterkt i samfunnet. Dette kan fort bli krevende i et land hvor grunnloven også er positiv rett. Spørsmålet er hvor mange slike deklarative bestemmelser Grunnloven tåler uten å endre sin positivrettslige karakter.

1.4 Oppbygging av oppgaven

Rekkevidden av borgernes grunnlovsværn beror på en tolkning av de enkelte grunnlovsbestemmelser. For tolkning av grunnlovsbestemmelser gjelder noen særlige regler som det redegjøres for i kapittel 2 Metode. Det samme gjelder for menneskerettigheter som følger av internasjonale konvensjonsforpliktelser.

For å vurdere om menneskerettighetskapittelet har ført til endring av Grunnlovens positivrettslige karakter kan en ikke nøye seg med å se på de nye bestemmelsene, men en må se grunnlovsendringene opp mot Grunnloven slik den fremsto frem til endringene ble vedtatt våren 2014. En fremstilling av rettighetsvernet etter Grunnloven slik Høyesterett har tolket det fra 1814 til endringene våren 2014, er tema for kapittel 3. Denne oppgaven bygger på oppfatningen om at Grunnloven har vært positiv rett hele tiden, og at dette har spilt en særlig rolle for rettighetsområdet. Rettspraksis og teori vil belyse dette. I kapittelet behandles også spørsmålet om et gradert rettighetsvern slik som dette er formulert i Rt. 1976 s. (Kløfta-dommen). Spørsmålet om et gradert rettighetsvern må imidlertid ses i lys av nyere rettspraksis.

Som politisk verktøy vil Grunnloven angi rammene for statens styre, for lovgivers muligheter, men også for deres begrensninger. I Norge har domstolene spilt en viktig rolle i å sikre borgernes rettigheter etter Grunnloven. Rett for domstolene til å prøve lovers forhold til Grunn-

⁷ Smith 2013 s. 365

loven, er utviklet gjennom praksis. Dette er en viktig side av samspillet mellom statsmaktene og av Grunnlovens funksjon i norsk rett. Prøvingsretten omtales i underkapittel 3.4.

Grunnlovfestingen av en del sentrale menneskerettigheter reiser spørsmålet om dette gir noe nytt eller mer i forhold til formell lov, og i forhold til folkeretten og Norges internasjonale forpliktelser. Dette berører spørsmålet om hvorvidt Grunnloven er mer enn bare et symbol og et visittkort. Dersom Grunnloven fortsatt skal være noe mer enn det, må dens bestemmelser anvendes av domstolene som et rettslig grunnlag for deres avgjørelser. Noen av de nye rettighetsbestemmelsene har aktualisert seg gjennom flere saker for Høyesterett allerede. Måten Høyesterett har behandlet de konkrete sakene på, gir ikke et entydig svar på om de nye rettighetsbestemmelsene kan ha gjort en forskjell for den private parten. I noen av sakene viser domstolene til Grunnloven, i andre til traktatforpliktelser. Om resultatene ville vært annerledes uten henvisning til Grunnloven er vanskelig å vite.

Kapittel 4 vil gi en oversikt over noen av de nye rettighetsbestemmelsene i Grunnloven kapittel E, og en vurdering av om den enkelte bestemmelse medfører noe nytt i norsk rett eller gir et annet vern for den private part. Sist i kapitlet redegjøres det for hvordan lovgiver legitimt kan foreta begrensninger i rettighetene. Kapittel 5 peker på sentrale funn i oppgaven. Der foretas også en vurdering av om og i hvilken grad Grunnlovens positivrettslige karakter er endret som følge av det nye menneskerettighetskapitlet, og om Grunnloven fortsatt er mer enn et visittkort.

Kapittel 6 er oppgavens etterord og avrunder det hele.

2 Metode

2.1 Innledning

I dette kapitlet skal det redegjøres for fremgangsmåten som er benyttet for å besvare problemstillingen og begrunne de metodiske valgene som er gjort i oppgaven. Kapitlet beskriver det som særpreger rettskildebildet samt de metodiske utfordringene for å besvare problemstillingen.

Denne oppgaven skal vurdere om og i hvilken grad, det nye menneskerettighetskapitlet har endret Grunnlovens positivrettslige karakter, fremgangsmåten blir derfor å vurdere et flertall av de nye bestemmelsene. Denne metoden vil naturligvis føre til at mange av de spørsmålene som vil kunne reises i tilknytning til enkeltbestemmelser, ikke blir drøftet inngående i denne oppgaven.

Det vil være begrenset med litteratur og rettspraksis på området fordi endringene er så ferske. Likevel foreligger det allerede flere relevante høyesterettsavgjørelser om menneskerettighetsvernet etter de nye bestemmelsene i Grunnloven, om grunnlovstolking og om domstolenes prøvingsrett. Imidlertid vil rettspraksis fra tiden før mai 2014 være av interesse for å belyse det som var gjeldende rett før grunnlovsrevisjonen, og således være et utgangspunkt for sammenligning av rettighetsvernet i Grunnloven før og nå.

Høyesterettspraksisen vil også vise Grunnlovens positivrettslige karakter, og vil være utgangspunkt for vurderingen av hvorvidt denne karakteren er endret som følge av de nye bestemmelsene i det nye menneskerettighetskapitlet. EMD har flere avgjørelser som er avklarende i forhold til innholdet i menneskerettighetene etter EMK og om forholdet til nasjonal rett. De seneste HR- dommene sier også noe om forholdet mellom de nye grunnlovsbestemmelsene og EMK.

2.2 Rettskilder

Den mest sentrale rettskilden for denne oppgaven er Grunnloven med det nye menneskerettighetskapitlet fra 2014. Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven) inkorporerer Europarådets menneskerettighetskonvensjon og de to FN-konvensjonene om sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, samt FNs barnekonvensjon og kvinnekonvensjonen. Menneskerettsloven § 3 slår fast at disse konvensjonene skal gå foran annen formell lov, dersom det er motstrid mellom konvensjonens rettsregel og den norske rettsregelen. Denne loven er derfor høyst

relevant og spiller en stor rolle for tolkningen av spørsmål knyttet til menneskerettigheter i norsk rett.

Lønning-utvalgets rapport *Dokument 16 2011* vil også være en sentral rettskilde for denne oppgaven. Imidlertid er det en utfordring at denne rapporten ikke helt har avklart forholdet mellom de nye bestemmelsene og forbildene i bindende traktater som EMK. Andre forarbeider slik som innstillingene fra kontroll- og konstitusjonskomiteen Innst. 186 S (2013-2014) og Innst. 187 S (2013-2014), vil benyttes for å redegjøre for situasjonen, og for å belyse politikkernes beslutningsgrunnlag ved vedtakelsen av de nye grunnlovsbestemmelsene. Rettskilde-statusen til forarbeider til grunnlovsendringer og metodiske utfordringer vedrørende disse, blir behandlet i punkt 2.3.4.

Både høyesterettspraksis og praksis fra EMD vil underveis brukes for å illustrere og klarlegge de enkelte lovbestemmelers innhold og den faktiske rettssituasjonen. Høyesterett har gjennom en serie av dommer frem til i dag, vist en tendens i retning av en sterkere vilje til å sette formelle lover til side som grunnlovsstridige. I 2010 ble det avsagt ikke mindre tre plenumsdommer som satte Stortingets lovvedtak til side.⁸ Dette er med på å understreke den stillingen Grunnloven har som positiv rett i vår forfatning.

Prinsipielle avgjørelser av forfatningsrettslige spørsmål avgjøres i det alt vesentlige av Høyesterett, og underrettspraksis vil derfor ikke være en relevant rettskilde for denne oppgaven. Dommer som er anvendt for å besvare denne oppgaven er slike som er avklarende i forhold til grunnlovstolkning generelt og slike som tolker, klargjør og avgrenser innholdet i den enkelte grunnlovsbestemmelse.

På samme måte som Høyesterett gjennom sin praksis har tolket og avgrenset rettighetsbestemmelser som følger av norsk rett, har Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) som håndhevsorgan for EMK, avklart innholdet i de ulike rettighetsbestemmelsene i konvensjonen. Mye fordi EMK har et slikt rettsmiddel som EMD, er EMK den konvensjonen som er mest avklart, og som også har hatt størst innflytelse i norsk rett.⁹ Av denne grunn er det først og fremst EMK, slik den er tolket av EMD, de nye grunnlovsbestemmelsene vurderes opp mot.

⁸ Rt. 2010 s. 143 (rederiskatt), Rt. 2010 s. 535 (OVF) og Rt. 2010 s. 1445 (krigsforbryter)

⁹ Kierulf s. 24

Av litteratur knyttet til oppgavens tema, vil jeg benytte anerkjente forfattere av forfatningsrett-teori for å belyse og begrunne påstander.

Domstolene har enda ikke rukket å avklare og avgrense de nye rettighetsbestemmelsene, noe som er en stor utfordring for denne oppgaven og forsterkes av at menneskerettigheter slik de er nedfelt i Grunnloven og bindende traktater er et omfattende rettsområde.

2.3 Metodiske utfordringer ved tolkning

2.3.1 Grunnlov

Grunnloven er vår høyeste rettskilde og vil være en selvfølgelig kilde i juridisk sammenheng. Ved at den troner øverst i vårt rettskildhierarki, vil domstolene ved motstrid, sette andre rettskilder til side, slike som formell lov og forarbeider. Eller domstolene velger å tolke motstrid bort. Norske domstoler dømmer etter norsk lov og skal som en konsekvens av at vi følger et dualistisk prinsipp, sette internasjonale forpliktelser til side, dersom det oppstår motstrid med Grunnloven som ikke kan tolkes bort.

Grunnloven skal som utgangspunkt tolkes som andre lover og prosessen kan starte på grunnlag av alminnelig rettskildelære.¹⁰ Det vil si med utgangspunkt i en naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd.¹¹ Deretter suppleres det etter behov med argumenter fra rettspraksis og andre rettskilder. Etter den språklige moderniseringen i mai 2014, har man gjort Grunnloven mer tilgjengelig og den naturlige forståelsen av ordlyden enklere.

Likheten i metode er likevel ikke fullstendig, blant annet fordi konstitusjoner ikke kan forstås uavhengig av statens kultur og historie.¹² Det er tidligere blitt hevdet at Grunnloven er gammel, usystematisk, fragmentarisk og ufullstendig, og at dette tilsier at man ved tolkingen må trekke inn andre momenter enn ordlyden. Til tross for en iherdig innsats våren 1814 er det vel riktig å si at karakteristikken ovenfor nok kunne passe på Grunnloven som ble vedtatt i 1814. At denne beskrivelsen skulle gjelde fortsatt etter 200 år og mer enn 300 endringer¹³, er ikke like sikkert. Karakteristikken kan imidlertid passe på ikke bare Grunnloven 1814, men flere av våre eldre lover, som for eksempel tinglysingsloven (1935) og gjeldsbrevlova (1939), som anvendes og tolkes etter alminnelig rettskildelære av jurister og dommere daglig.

¹⁰ Med alminnelig rettskildelære menes den juridiske metode slik Torstein Eckhoff har beskrevet den.

¹¹ Andenæs s. 47

¹² Smith 2013 s. 106

¹³ Sejersted s. 553

2.3.2 Formell lov

Innbyggernes rettigheter reguleres først og fremst gjennom formelle lover, slik som f.eks. lover om helsetjenester, opplæringslova og prosesslovene.¹⁴ For å avgjøre det rettslige innholdet i disse og andre formelle lover, må loven tolkes etter den alminnelige rettskildelæren.

Etter denne tolkningen kan det vise seg at den rettsregelen som utledes av loven, kommer i konflikt med en annen lov med samme trinnhøyde, eller med en Grunnlovsbestemmelse. For denne oppgaven er det tilfellene av konflikt mellom lov og grunnlov som er av interesse. Rettspraksis gir mange eksempler på slike tilfeller.¹⁵ Det er også rikelig med rettspraksis som viser at denne konflikten eller motstriden, bare er tilsynelatende.¹⁶

Ofte kan man løse problemet med motstrid gjennom tolkning, og det finnes prioriteringsregler for å løse slik regelkonflikt. Den viktigste av dem er lex superior-prinsippet, som går ut på at regler av høyere rang går foran regler av lavere rang. Denne prioriteringsregelen vil være særlig aktuell ved motstrid mellom de to rettsgrunnlagene lov og grunnlov, men det er ikke slik at en direkte setter loven til side som følge av lex superior-prinsippet. Begge rettsgrunnlagene må først tolkes hver for seg for å finne ut hva som blir rettsvirkningen etter hvert av de to rettsgrunnlagene. Gjennom tolkning kan motstrid reduseres eller bli borte. Men ikke alltid. Rettspraksis har utviklet noen tolkningstradisjoner og en av dem er at en ikke skal tolke de to regelsett isolert hver for seg, men også gjensidig i forhold til hverandre på den måten som best harmonerer med Grunnloven. Slik kan begge regelsettene tolkes innskrenkende for å unngå det som fra først så ut som et tilfelle av motstrid.¹⁷ Det er sikker rett at domstolene skal anvende loven på den måten som best harmonerer med Grunnloven.¹⁸

¹⁴ Lover 24. juni 2011 nr. 29 om folkehelsearbeid (folkehelseloven) og nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjeneste loven), Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova), Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) og Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

¹⁵ Blant andre Rt. 1976 s. 1 (Kløfta), Rt. 2006 s. 293 (Arves Trafikkskole), Rt. 2007 s. 1308 (Tomtefeste III).

¹⁶ Blant andre Rt. 1996 s. 1415 (Borthen), Rt. 2004 s. 1985 (Barns fiskerett), Rt. 2007 s. 1281 (Tomtefeste I).

¹⁷ Nygaard s. 139

¹⁸ Rt. 1976 s. 1 se side 6

Det er imidlertid ikke alltid mulig å komme til en løsning gjennom harmonisering av de to regelsettene. Da må domstolene benytte den prøvelsesretten som ligger i det norske rettssystemet.

2.3.3 Forarbeider

Formålet med tolkning av lover er å finne lovgivers vilje. Forarbeider kan kaste lys over hva denne viljen går ut på.¹⁹ Dokument 16 (2011) er Menneskerettighetsutvalgets²⁰ rapport og det viktigste av forarbeidene til grunnlovsreformen. Det er således et viktig dokument for å forstå forslagsstillernes vilje vedrørende de nye rettighetsbestemmelsene i Grunnloven. Dokument 12 (2011-2012) er samlingen av de ulike grunnlovsforslagene som ble fremmet for behandling i Stortinget våren 2014.

Kontroll- og konstitusjonskomiteen på Stortinget behandlet forslagene slik de var fremmet i Dokument 12 (2011-2012). Komiteens innstilling fremkommer i Innstilling til Stortinget 2013-2014. Disse arbeidene kan kaste lys over hva som er viljen til det storting som vedtar grunnlovsendringene, og gi uttrykk for dets forståelse av og eventuelle støtte til Lønningutvalgets rapport.

Karakteristisk er at norsk rettsbrukslære generelt går lenger i bruk av lovforarbeider enn kontinental rett.²¹ Den «særnorske» bruken av forarbeider gjelder først og fremst ved tolkning av formell lov. Helt samme betydning tillegges forarbeider ikke ved grunnlovstolkning.

Et argument for å tillegge forarbeider til grunnlovsbestemmelser mindre vekt ved tolkningen enn det som er vanlig ved tolkning av ordinær lov, er avstanden mellom utredning og vedtak som følger av bestemmelsene om grunnlovsendringer i Grl. § 121. Denne bestemmelsen krever at forslagene må være fremmet på forrige storting for å kunne behandles på innneværende. En konsekvens av dette er at det utformes flere varianter forslag til en og samme bestemmelse. I tillegg kommer at utsagn under vedtaksfasen ikke nødvendigvis stemmer med forslagsstillernes intensjoner, og hvorvidt disse intensjonene har støtte fra det nødvendige flertallet er uklart. Til dette kommer at det politiske flertallet på Stortinget kan være endret som følge av kravet om et mellomliggende stortingsvalg, jf. Grl. § 121. Tanken bak denne bestemmelsen er

¹⁹ Eckhoff s. 71

²⁰ Menneskerettighetsutvalget blir også omtalt som Lønning-utvalget etter navnet på lederen av utvalget, professor emeritus Inge Lønning

²¹ Nygaard s. 37

at folket gjennom valg, skal kunne gi uttrykk for hva de mener om en eventuell grunnlovsendring. Hvorvidt forslag til grunnlovsendringer i realiteten betyr noe for deres stemmegivning ved valg, er en annen sak. Men muligheten er der, og vil sannsynligvis bli benyttet dersom grunnlovsforslagene er av særlig stor betydning, slik som for eksempel suverenitetsavståelse ved et eventuelt EU-medlemskap.

At det voterende storting har en annen begrunnelse for å vedta endringene eller annen tolkning av nye grunnlovsbestemmelser kan selvfølgelig være tilfellet, men dette er ikke nødvendigvis annerledes enn for vedtakelse av formelle lover. Avstanden i tid mellom forslag og vedtakelse av grunnlovsendringer, er derfor ikke noen nødvendig begrunnelse for å tillegge disse forarbeidene mindre vekt enn ved tolkning av formell lov.²²

Det er få egentlige forarbeider til grunnlovsteksten fra 1814. Domstolene har tradisjonelt måttet tolke bestemmelsene uten hjelp fra forarbeider. Dette er kanskje den viktigste forklaring på at forarbeider tillegges mindre vekt ved grunnlovstolkning enn ved tolkning av formell lov. Selv for nyere bestemmelser finnes få og til dels mangelfulle forarbeider til grunnlovsendringer.

En forklaring på dette er at forarbeider til lover i stor grad utarbeides av departementene, men siden sittende regjeringer gjerne har vært meget tilbakeholdne med å fremme forslag til grunnlovsendringer, er det sparsomt med utførlige forarbeider også til nyere grunnlovsbestemmelser. Forslag fremmes gjerne fra enkeltpersoner sittende på Stortinget. Disse representantene har ikke et helt departement til disposisjon ved utformingen av forslagene, og Stortinget selv har begrensede ressurser avsatt til formålet.

Det er imidlertid en del unntak fra den senere tid. Et eksempel som har omfattende forarbeider, er endringen av ytringsfrihetsbeskyttelsen i Grunnloven § 100 som Stortinget vedtok i 2004. I alle saker der Høyesterett har brukt «nye» Grl. § 100, er spørsmålet avgjort med henvisninger til forarbeidene.²³ Forarbeidene er ikke bare brukt som støtteargument, men ofte som den primære rettskilden ved tolkningen.

Grunnlovsforslagene til det nye menneskerettighetskapittelet i Grunnloven (som er tema for denne oppgaven), kom som nevnt til etter en utredning nedsatt av Stortingets presidentskap og

²² Høgberg, Alf Petter og Høgberg, Benedikte Moltumyr s. 200

²³ Kierulf, Anine *Hvilken rolle spiller Grunnloven § 100 i Høyesteretts ytringsfrihetspraksis?* Lov og rett 2012 s. 131-150, på side 132

er et annet eksempel på grunnlovsforslag med omfattende forarbeider.²⁴ Dersom forslagsstillerens intensjoner slik de fremkommer av disse forarbeidene får tilslutning av et kvalifisert flertall, er det fullt mulig å tillegge dem betydelig vekt, slik som ved vanlig lovtolkning.

Selv om det kan rettes flere innvendinger mot utbredt bruk av forarbeider ved grunnlovstolkning, viser praksis vedrørende tolkning av Grl. § 100 at i alle fall Høyesterett anser slik rettskildebruk som helt uproblematisk.²⁵

2.3.4 Internasjonale konvensjonsforpliktelser

Internasjonale konvensjonsforpliktelser på menneskerettighetenes område, etablerer plikter for statene for hvordan de skal behandle individer. De materielle bestemmelsene i FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 1948 favner vidt og dekker de menneskerettighetene og grunnleggende frihetene som nevnes i FN-pakten. Det er i dag allment akseptert at store deler av verdenserklæringen gir uttrykk for folkerettslig bindende normer.²⁶

Verdenserklæringen ble fulgt opp ved utarbeidelsen av *Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter* (SP) og *Konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter* (ØSK). Det gjentas stadig fra FN og andre som arbeider med menneskerettigheter, at SP og ØSK må forstås som et udelelig hele.²⁷ Videre er det verdt å merke seg at både SP og ØSK gjelder for alle individer som oppholder seg innenfor konvensjonsstatens myndighetsområde, og ikke bare statens egne borgere, med visse unntak. På mange måter er SP og ØSK en mer detaljert utgave av verdenserklæringen.²⁸

De vesteuropeiske landene valgte å etablere sin egen regionale menneskerettighetskonvensjon da de ble klar over at det ville ta lang tid å utarbeide rettslig bindende normer basert på verdenserklæringen. Dette resulterte i etableringen av Europarådets menneskerettskonvensjon. Den ble vedtatt 4. november 1950 og trådte i kraft i september 1953. EMK bygger på verdenserklæringen, men beskytter i hovedsak kun sivile og politiske rettigheter.

²⁴ Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

²⁵ Kierulf, Anine *Hvilken rolle spiller Grunnloven § 100 i Høyesteretts ytringsfrihetspraksis?* Lov og rett 2012 s. 131-150, på side 148

²⁶ Høstmælingen s. 47

²⁷ Høstmælingen s. 48

²⁸ Høstmælingen s. 49

I dette underkapittelet omtales noen av de særlige utfordringer knyttet til tolkning av internasjonale konvensjonsforpliktelser.

Traktatbaserte menneskerettigheter

Metodebruken for de traktatbaserte menneskerettighetene er annerledes enn den som gjelder for annen norsk rett. Det er blant annet forskjell mellom norske domstolars tolkningsmetode og EMD. Det følger av Rt. 2000 s. 996 (Bøhler-dommen) at norske domstoler ikke skal anlegge en for dynamisk tolking av konvensjonen når det er tvil om hvordan EMK er å forstå, dette til forskjell fra EMD. Samtidig skal norske domstoler heller ikke bygge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd.²⁹ En mulig rettskonflikt mellom norsk rett og menneskerettighetene, kan derfor komme til å bli løst forskjellig avhengig av om det er norske domstoler eller EMD som skal avgjøre spørsmålet. Selv om Høyesterett konkluderer med at en norsk lov ikke er i strid med EMK, kan EMD komme til et annet resultat.³⁰

Det følger av *Wienkonvensjonen* artikkel 31 at ordlyden er utgangspunktet ved tolkning av menneskerettighetskonvensjonene. Selv om Norge ikke har sluttet seg til denne, er vi likevel forpliktet, i det denne for en stor del er en kodifisering av folkerettslig sedvane.³¹ Til grunn for tolkingen skal legges den vanlige eller naturlige ordlydsforståelsen av den autoritative teksten, altså på originalspråket. Dette følger som en naturlig konsekvens av at det er selve konvensjonsteksten staten har bundet seg til. Forarbeider får derfor en meget begrenset betydning for tolkingen på dette området. Dette er annerledes enn etter norsk nasjonal tolkingspraksis.

De viktigste menneskerettighetskonvensjonene har etablert egne gjennomføringsorganer. Dette er slike som FNs menneskerettighetskomite og FNs komite for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Disse komiteene har som de fleste lignende organer, ingen myndighet til å avgjøre konkrete saker med bindende virkning for partene. De har altså ingen rettskraft. Praksisen fra slike komiteer er i følge *Wienkonvensjonen* ingen sentral rettskilde i folkeretten.³² Det samme gjelder for dommer avsagt av EMD, selv om disse er rettslig bindende for den staten som er dømt for brudd på EMK.

²⁹ Rt. 2000 s. 996 side 1008

³⁰ Boe s. 234

³¹ Høstmælingen s. 92

³² Høstmælingen s. 99

I virkeligheten henviser både FNs menneskerettighetskomite og EMD til sine tidligere avgjørelser. De legger ikke bare vekt på egne uttalelser, men også praksis fra andre konvensjoners gjennomføringsorganer. Særlig blir EMDs dommer brukt som forbilde for øvrige organer.³³

Organer som tolker folkeretten utvikler gjerne en selvstendig begrepsbruk, men vil som regel være både forsiktige og konservative.³⁴ På dette området skiller EMD seg ut. Også EMD tar utgangspunkt i Wienkonvensjonen, men argumenterer med at konvensjonen er et levende instrument, og at innholdet i ord og begreper dermed utvikler seg over tid.³⁵

EMD avgjør svært mange saker hvert år og er den klart viktigste juridiske fortolkeren av den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen. Derfor vil EMD både føre an og være et forbilde for andre fortolkere av menneskerettighetskonvensjoner.³⁶

Inkorporerte menneskerettigheter

Realiseringen av menneskerettighetene skjer naturlig nok på det nasjonale planet. For denne oppgaven er det viktig å merke seg at der de internasjonale menneskerettighetene er blitt en del av den nasjonale retten, er det naturlig å si at innholdet er det samme – og bestemmes på samme måte – som på det internasjonale planet.³⁷

På dette området har det vært en sterk påvirkning på norsk tolkingsstil i den senere tid. Dette henger sammen med vedtagelsen av menneskerettsloven 1999 nr. 30.³⁸ Justiskomiteen bemerker i sitt framlegg til loven at den vil

«understreke at inkorporeringa fører med seg ein ny rettsleg situasjon ut frå det overordna målet å styrke enkeltmenneska si rettslege stilling. Det må difor sjåast som eit av føremåla med inkorporeringa at den skal påverka rettsutviklinga i Noreg i retning av å høyre på, og ha eit ope forhold til, praksis ved Strasbourgdomstolen [EMD] og andre internasjonale handhevingsorgan.»³⁹

³³ Høstmælingen s. 99

³⁴ Høstmælingen s. 94

³⁵ Høstmælingen s. 94

³⁶ Høstmælingen s. 107

³⁷ Høstmælingen s. 110

³⁸ Nygaard s. 38

³⁹ Inst.O.nr.51 (1998-99) s. 6

Nok gjøres det «*fradrag for den utviklingsfriheten de internasjonale organene har, slik at de nasjonale domstolene vil være litt mer konservative i tolkingen*».⁴⁰ Som nevnt har særlig EMD en slik dynamisk tolkningsstil. Dynamisk tolkning innebærer at rettstilstanden gradvis endres over tid, mens ordlyden består. Denne stilen kan føre til at det blir stor avstand mellom innholdet i den rettighetsbestemmelsen som de folkevalgte inkorporerte, og til bestemmelsens innhold slik EMD har tolket, avklart og utviklet den. Av lojalitet til lovgiver vil Høyesterett ikke lede an i denne utviklingen.

Det er nok også slik at de nasjonale domstolene er mer kritiske til «soft law» og til holdbarheten i de forskjellige komiteenes uttalelser (slike som nevnt på side 13 under overskriften *Traktatbaserte rettigheter*), enn det de internasjonale gjennomføringsmekanismene selv vil være.⁴¹

2.4 Oppsummering

Som kapittelet har vist gjelder noen særlige regler for tolkning av Grunnloven som er ulike fra tolkning av formell lov. Det samme gjelder for traktatforpliktelser. Internasjonalt gjelder en annen tolkningsstil enn etter norsk intern rett. Dette har betydning for tolkningen av de ulike rettighetsbestemmelsene. Denne forskjellen kan føre til ulik tolkningsmetode for ulike bestemmelser i Grunnloven. I praksis kan det få betydning for tolkningen av de ulike rettighetsbestemmelsene om vedkommende bestemmelse er en av de gamle rettighetsbestemmelsene i Grunnloven, eller om den har internasjonalt opphav.

⁴⁰ Høstmælingen s. 111

⁴¹ Høstmælingen s. 111

3 Utviklingen av rettighetsvernet, Grunnloven som positiv rett og domstolskontrollen med lover

3.1 Innledning

Dette kapittelet skal helt først gi et kort historisk tilbakeblikk på tilblivelse, særtrekk og kvaliteter ved Grunnloven. Et særtrekk ved Grunnloven er blant annet at den har vært positiv rett helt fra tidlig 1800-tallet. Det er derfor Høyesterett lenge har ansett seg kompetent til å prøve lovers grunnlovsmessighet. Dette kapittelet skal kort gjøre rede for utviklingen av prøvingsretten og vise at den har spilt en særlig rolle for borgernes rettigheter. Deretter drøftes spørsmålet om norsk rett har et gradert og relativisert rettighetsvern slik som det er formulert i Rt. 1976 s. 1 (Kløfta-dommen). Kapittelet vil også se på hvilken betydning det kan ha at en grunnlovsbestemmelse er gammel og nesten glemt, for til sist å foreta en vurdering av om menneskerettigheter er tilstrekkelig vernet i norsk rett.

3.2 Tilblivelsen i 1814

Fra gammelt av var nordmennene kjent for kongetroskap. Det var tradisjon i både Danmark og Norge å se eneveldet som et vern mot overgrep fra adelen og lokale embetsmenn. Selv om mange var tilhengere av et mer demokratisk styre, foregikk ikke noe aktivt arbeid for å få til en forfatningsendring. Det som skjedde i 1814 var en reaksjon på ytre forhold og utenrikspolitiske hendelser, ikke en revolusjon skapt av indre misforhold og misnøye.⁴²

Siden Norge var et eget kongerike og ingen dansk provins, var det norske syn at danskekongen ikke kunne avstå det til en annen konge uten folkets samtykke. Nordmennenes syn var derfor at det norske folket var løst fra sitt troskapsforhold til danskekongen, og at de selv hadde rett til å bestemme over sin egen skjebne.⁴³ Det gjorde de da også ved etter forutgående valg, å samle seg til riksforsamling på Eidsvoll, for ikke bare å gi landet en ny forfatning, men også for å ta stilling til Norges forhold til Sverige.

For Riksforsamlingen på Eidsvoll representerte Grunnloven det generelle verdigrunnlaget som nasjonen Norge skulle tuftes på. Dette kom blant annet til uttrykk i tidligere Grunnloven § 112 (nå § 121) siste punktum, der det het at Grunnloven ikke kan endres i strid med dens

⁴² Andenæs s. 66

⁴³ Andenæs s. 66

«ånd og prinsipper».⁴⁴ Etter grunnlovsrevisjonen 2014 er bestemmelsen flyttet til § 121 siste ledd og gir fortsatt uttrykk for at en endring av Grunnloven aldri må motsi dens prinsipper, men bare angå slike modifikasjoner i enkelte bestemmelser som ikke forandrer konstitusjonens ånd. Hvorvidt grunnlovsendringer står i fare for å motsi Grunnlovens prinsipper eller forandre konstitusjonens ånd, er en vurdering som domstolene tradisjonelt har overlatt til lovgiverne. Så lenge Stortinget følger den formelle metoden for grunnlovsendringer slik grunnloven selv beskriver den, blir endringen respektert. Eksempler på at domstolene har grepet inn, finnes ikke. Det er dermed ikke sagt at de ikke kan komme til å gjøre det, dersom Stortinget skulle komme til å vedta endringer som rokker ved dens ideer og verdigrunnlag.

En av ideene bak Grunnloven i 1814 var vernet om enkeltindividenes frihet og likhet.⁴⁵ Grunnloven bygger på tre politiske prinsipper; folkesuverenitetsprinsippet, maktfordelingsprinsippet og prinsippet om ukrenkelige menneskerettigheter. Disse prinsippene fra opplysningstiden, hadde formet Eidsvollsmennenes syn på stat og samfunn, og som Andenæs skriver om dem: «*De levde på lån og la ikke skjul på det*».⁴⁶

Forsamlingen på Eidsvoll brukte i stor utstrekning utenlandske forbilder når det gjaldt å utforme dette synet til en skreven norsk grunnlov. Det er forholdsvis få bestemmelser som er særegent norske. Grunnloven ble likevel sett helhetlig, noe helt annet enn noen av forbildene.

Forbildene for den norske Grunnloven var særlig den amerikanske uavhengighetserklæringen og *Bill of Rights*, og den franske *Rettighetserklæringen* fra 1789. Vår grunnlov er den eldste i Europa som fortsatt består og nest eldst i verden etter den amerikanske.

Forestillingen om medfødte rettigheter for det enkelte individ, som ingen statsmakt har noen rett til å gripe inn i, kommer fra naturrettslæren i det 17. og 18. århundre. Engelskmannen John Locke utga i 1690 «*Essay on civil government*», hvor denne læren utformes videre. I naturtilstanden gjaldt, i følge Locke, fornuftens rett som gikk ut på at hver mann hadde rett til å rå over seg selv og sine henders arbeid og den jord han dyrket.

⁴⁴ «Døg må en slik forandring aldri motsi denne Grunnlovs prinsipper, men bare angå slike modifikasjoner i enkelte bestemmelser som ikke forandrer denne konstitusjonens ånd, og to tredjedeler av Stortinget bør være enige i en slik forandring.»

⁴⁵ Dokument 16 2011, s. 49

⁴⁶ Andenæs s. 69

Om individene slutter seg sammen i en stat og overlater statens styre til en konge eller en lovgivende forsamling, skjer det for å få et mer effektivt vern for disse naturlige rettigheter enn det hver enkelt kan skaffe seg selv. En naturlig konsekvens av formålet med denne sammenlutningen, må være at de styrende makter har plikt til å respektere disse menneskets iboende rettigheter. Disse ideene ble videreført av Jean Jacques Rousseau i hans *Du contrat social* fra 1762.

Denne læren har hatt stor betydning ikke bare i kampen mot eneveldige herskere, men også som vern for enkeltindividet mot overgrep fra flertallets side. Ideen om grunnleggende friheter og menneskerettigheter var viktig for grunnlovsfedrene. Den norske grunnloven bygger altså på denne læren, og flere av dens bestemmelser er regler for vern for individet mot overgrep fra statsmaktens side. Eksempler på dette er §§ 94,⁴⁷ 96,⁴⁸ 97,⁴⁹ 100⁵⁰ og 102.⁵¹ Disse er fortsatt like aktuelle.

Det er verdt å merke seg at tanken om menneskerettighetene – på samme måte som maktfordelingsprinsippet – representerer en begrensning i det ubetingede folkesuverenitetsprinsipp. I vår tid har ideen om menneskerettighetene stor rettslig betydning, både nasjonalt og internasjonalt. Som denne oppgaven vil vise, har innholdet i det som regnes for menneskerettigheter, gjennomgått en vesentlig utvikling, ikke bare rettslig, men også politisk.

3.3 Utviklingen av rettighetsvernet i Grunnloven

En oversikt over beskyttelse av menneskerettigheter i OECD-land viser at Norge før endringene våren 2014, var blant de landene som hadde færrest menneskerettigheter nedfelt i konstitusjonen.⁵² Grunnloven 1814 derimot sikret i vid utstrekning de rettighetene som ble ansett som grunnleggende på den tiden og gikk vesentlig lenger enn andre konstitusjoner i sin tid. Eksempel på dette er andelen stemmeberettigede. Selv om hverken kvinner eller arbeidsfolk hadde stemmerett, var andelen stemmeberettigede høyere i Norge enn i andre land. Underveis ble stemmeretten utvidet til å gjelde stadig flere grupper i takt med samfunnsutviklingen.

⁴⁷ «Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver. Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.»

⁴⁸ «Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom.»

⁴⁹ «Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft.»

⁵⁰ «Ytringsfrihet bør finne sted»

⁵¹ «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller.»

⁵² Dokument 16 (2011-2012) s. 34

Lønning-utvalget peker i sin rapport av 2011 på at rettighetsvernet i Grunnloven på ingen måte gir et dekkende bilde av de grunnleggende rettigheter som individene har i Norge i dag. Til dels fremstår bestemmelsene som fragmenterte og tilfeldige. Dette er i følge utvalgets syn, særlig synlig dersom man sammenholder den norske Grunnloven med internasjonale konvensjoner og med moderne konstitusjoner i andre land. Det er også synlig dersom man sammenholder Grunnloven med ordinær norsk lovgivning.⁵³ I denne sammenheng er det viktig å huske at konstitusjonen er del av en helhet. Den er del av et rettssystem. Rettighetsvernet er summen av det vern som følger av konstitusjonen og andre slags nasjonale og internasjonale bestemmelser.

Det er nok slik at de fleste rettslige spørsmål i Norge i dag, blir avgjort på bakgrunn av lover og budsjettvedtak,⁵⁴ som nok harmonerer med Grunnlovens verdigrunnlag uten å være nedfelt direkte der. Det kan derfor, som Lønning-utvalget peker på, være på tide med en oppdatering av grunnloven, slik at den igjen representerer det verdigrunnlag nasjonen Norge er tuftet på.

3.4 Grunnloven som positiv rett og domstolskontrollen med lover

Utviklingen av konstitusjoners status som positiv rett har tatt ulike retninger i ulike stater, med Norge og USA i en historisk særstilling. Den norske grunnloven (i likhet med den amerikanske) kom til i forbindelse med konstituering av en nasjon. På 1800-tallet ble grunnloven et våpen mot svenskekongen. Dette er med på å forklare dens status som positiv rett, selv om Grunnloven selv ikke hadde noen bestemmelse om det. Det var helt annerledes for gamle stater som Sverige og Frankrike, som ikke skulle konstituere en ny stat da de vedtok sine konstitusjoner. En annen forklaring på at Grunnloven så tidlig fikk status som positiv rett kan være at borgernes rettigheter var direkte nedfelt i Grunnloven, ikke i en egen rettighetserklæring, som var mer vanlig på den tiden. Slike erklæringer hadde svak eller ingen gjennomslagskraft som rettsregler.⁵⁵

Allerede i 1803 i saken *Marbury v. Madison* drøftet USAs høyesterett innbyrdes anvendelse av normer med ulik trinnhøyde.⁵⁶ Når USAs høyesterett kom til at konstitusjonen måtte vinne frem i forhold til ordinær lov, etablerte den således domstolskontroll med føderale lover.

⁵³ Dokument 16 (2011-2012) s. 49

⁵⁴ Smith 2013 s. 352

⁵⁵ Smith 2015 s. 341

⁵⁶ Smith 2015 s. 302

Norge fulgte like etter. Håndskrevne voteringsprotokoller som man har fått tilgang til i ettertid, viser sammen med kommentarer fra tidens ledende jurister, at den norske Høyesterett fra ca. 1820 viste til bestemmelser i grunnloven for å begrunne sitt syn.⁵⁷ Det er derfor dokumentert at Grunnloven ble anvendt som positiv rett fra tidlig etter vedtakelsen i 1814.

I Wedel Jarlsbergsaken fra 1866 fører justitiarius Lasson som flertallet fulgte, et resonnement som gir uttrykk for noe av det samme som *Marbury v. Madison*:

*«Hvad har Høiesteret at afgjøre, naar der forelægges paa een Gang Grundlov og privat Lov? Da har det, saavidt jeg kjender Statsretslæren, almindelig været vedtaget, at forsaavidt man ikke kan paalægge Domstolene at dømme efter begge Love paa engang, saa maa de nødvendigvis foretrække Grundloven.»*⁵⁸

Høyesterett ved Justitiarius Lasson, legger Grunnloven til grunn for å avgjøre en konkret sak og foretar en domstolskontroll av alminnelige lover i Norge. Det følger av lex superior-prinsippet at ved motstrid går grunnlov foran formell lov. Skulle man komme til at formell lov går foran grunnlov, trenger dette en særlig begrunnelse.

Høyesterett har i flere saker drøftet det prinsipielle spørsmålet om domstolenes prøvingsrett. Et eksempel på dette er Rt. 1918 s. 403 («Den store konsesjonssak») som gjaldt spørsmål om lov 18. september 1909 om erhvervelse av vandfald m.v. §§ 1 og 2 om hjemfallsrett til staten, var stridende mot Grunnloven § 105. Førstvoterende assessor Backer, behandler først spørsmålet om hvorvidt domstolen har kompetanse til å prøve lovers grunnlovsmessighet. Etter hans mening må spørsmålet ansees avgjort både i teori og praksis. Konklusjonen er at Grunnloven setter rettslige grenser for lovgivers kompetanse til å treffe bestemmelser, og at det er domstolenes rett og plikt til å prøve om disse grenser er overholdt eller overskredet.

Dommen inntatt i Rt. 2007 s. 1281 (tomtefeste I) reiste grunnleggende spørsmål om forholdet mellom lov og grunnlov, og om dette uttrykker førstvoterende dommer Matningsdal at prøvingsretten har vært praktisert i mer enn 150 år, og at domstolene har både en prøvingsrett og en prøvingsplikt.⁵⁹

⁵⁷ Smith 2013 s. 316

⁵⁸ Smith 2015 s. 304

⁵⁹ Rt. 2007 s.1281 avs. 73

Det er således grunn til å slå fast at Høyesterett gjennom nærmere 200 år har anvendt Grunnloven som positiv rett. Høyesterett har derfor ansett seg kompetent til å utøve kontroll med lovers grunnlovsmessighet.

3.5 En særlig rolle for rettighetsområdet

Domstolenes prøvingsrett er ulikt ordnet i de forskjellige land. Mange land har egne konstitusjonsdomstoler som prøver lovers forhold til konstitusjonen. Eksempel på dette er blant annet Tyskland. I Norge har vi et system uten rene konstitusjonsdomstoler. Prøving av lovers forhold til konstitusjonen har som tidligere nevnt, utviklet seg som en følge av at Grunnloven helt fra begynnelsen ble oppfattet som positiv rett.

Domstolene hos oss prøver konkrete saker med individuelle parter. Det er ingen forhåndskontroll av lovers grunnlovsmessighet, eller behandling av abstrakte saker.⁶⁰ Statsmaktene kan ikke gå til sak mot hverandre (med unntak av riksrett som gjelder personer, ikke «makter»), og saker som omhandler statsmaktenes innbyrdes forhold blir sjelden aktuelle. Det er derfor naturlig at prøvingsretten i praksis har spilt en særlig rolle på rettighetsområdet.

Domstolenes kontroll med lover er ikke forbeholdt en kontroll av lovers grunnlovsmessighet. Også når det gjelder lovers forhold til våre internasjonale forpliktelser, slike som forskjellige FN-konvensjoner og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, har norske domstoler en prøvingsrett.

At Grunnloven har spilt en særlig rolle på rettighetsområdet er det flere eksempler på. Assessor Mejdell hevder i sitt mindretallsvotum for snart 100 år siden i Rt. 1918 s. 403 («den store konsesjonssak»), at Grl. §§ 97⁶¹ og 105⁶² er tenkt som en anerkjennelse av de privatborgerlige rettigheter fra statens side. Hans meget engasjerte mindretallsvotum i Rt. 1918 s. 403 er et sterkt uttrykk for dette synet, og samtidig en god begrunnelse for hvorfor Grunnloven etter hans syn, skal tolkes slik. Vel vitende om at mindretallets syn har svakere rettskildemessig vekt, synes dette votumet i seg selv å være så godt og gi en så riktig begrunnelse for rettighe-

⁶⁰ Det hender likevel at Høyesterett kommer med prinsipielle uttalelser som ikke er nødvendig for å avgjøre den aktuelle saken.

⁶¹ «Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft.»

⁶² «Fordrer statens tarv at noen må avgi sin rørilige eller urørilige eiendom til offentlig bruk, så bør han eller hun ha full erstatning av statskassen.»

tenes særlige stilling og for domstolenes prøvingsrett, at det kan forsvares å ta det med. Dessuten var det ikke uenighet om domstolens prøvingsrett i saken, selv om enkelte uttrykte tvil.

«Man har ikke efter min mening ret til at opfatte grundloven saaledes, at den betegner en fortsættelse av det gamle enevælde, kun med den forskjel, at mens suveræniteten tidligere tillaa den uansvarlige monark, saa skulde suveræniteten nu tilhøre de i avsnit B og C indstiftede myndigheter, særlig naar de indbyrdes var enige. Jeg mener, at det av bestemmelse i §§ 97 og 105, deres eget indhold, fremgaar, at de er tænkt som en beskyttelse for den private borger mot overgrep fra statsmyndighetene, er tænkt som en anerkjendelse fra statens side av de privatborgerlige rettigheter som hvilende paa et selvstændig retslig grundlag. Jeg mener, at der ligger ganske utenfor grundlovens tankegang en saadan opfatning, som at privat eiendomsret eller private rettigheter overhodet skulde bero paa en naadesakt fra statsmyndigheternes side.»⁶³

Å slutte seg til dette utsagnet er ikke vanskelig. Det er i tråd med nåtidens tenkning om grunnlovfestede rettigheter. Borgerne skal kunne ha tillit til de rettighetene som tilkommer dem etter grunnloven, og ikke være prisgitt skiftende regjeringer og stortingsflertall. På denne måten gir Mejdell uttrykk for at grunnloven er noe mer enn et visittkort. Den beskytter borgerne mot inngrep i deres rettigheter fra myndighetenes side og setter en skranke for lovgiver til selv å fortolke innholdet i Grunnloven slik at den ikke støter an mot annen lovgivning.

Videre følger interessante betraktninger om demokrati, folkesuverenitet, eneveldet og suveren. Mejdell poengterer at kontroll med den lovgivende- og utøvende makt er like viktig uansett styreform, og at demokrati alene ikke er noen garanti for beskyttelse av individets rettigheter. Når lovgivningsmyndigheten er part, må derfor noen andre være dommer for å beskytte individets rettigheter.

«I en sak som nærværende mellem lovgivningsmyndigheten paa den ene side og den private borger paa den anden side er lovgivningsmyndigheten part og kan da ikke samtidig være dommer. Faren for overgrep fra statsmyndigheters side likeoverfor de private borgere er ikke synderlig mindre i de samfund, hvor demokratiet hersker under

⁶³ Rt. 1918 s. 403 på side 409

folkesuverænitetsens symbol, end i de samfund, hvor som hos os i tiden før 1814 et med enevældet som symbol utstyrt byraakrati sat ved styret.»⁶⁴

Som tidligere nevnt bygger den norske grunnloven ikke bare på ideen om maktfordeling og grunnleggende rettigheter og friheter, men også på ideen om folkesuverenitet, som igjen bygger på tanken om samfunnskontrakten (*Du contrat social*) mellom borgerne og de styrende makter, slike som staten eller fyrsten. Legitimt styre forutsetter at staten respekterer borgernes grunnleggende rettigheter. Det er disse ideene assessor Mejdell gir uttrykk for i sitt votum fra 1918.

3.6 Gradert rettighetsvern?

Som forrige underkapittel viser, har domstolskontrollen med lover hatt en særlig betydning for rettighetsområdet. Det er imidlertid forskjell på rettigheter. Det går som nevnt, et skille mellom slike som skal sikre individenes frihet og personlige sikkerhet (sivile og politiske rettigheter), og slike som sikrer likebehandling og likeverd (økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter).

Spørsmålet for dette underkapittelet er hvorvidt det kan sies å gjelde et gradert rettighetsvern i norsk rett. Med gradert rettighetsvern menes at domstolenes prøving er kraftigere og mer intens for noen rettigheter enn for andre. Et utvalg høyesterettsdommer vil vise hvilken praksis som gjelder for dette spørsmålet.

Saken inntatt i Rt. 1976 s. 1 (Kløfta) er et eksempel på at prøvingsretten har en særlig rolle for rettighetsområdet (som assessor Mejdells votum fra 1918), i tillegg er den et uttrykk for at det gjelder et gradert rettighetsvern. Saken gjaldt forståelsen av bestemmelser i ekspropriasjonserstatningsloven og bestemmelsenes forhold til Grl. § 105.⁶⁵ Flere grunneiere i Ullensaker kommune krevde opphevelse av et overskjønn som gjaldt fastsettelse av erstatning ved ekspropriasjon til bygging av E6 forbi Kløfta. Høyesterett skulle dermed ta stilling til om ekspropriasjonserstatningsloven førte til resultater som er uforenlige med Grunnloven § 105.

⁶⁴ Rt. 1918 s. 403 på side 410

⁶⁵ «Fordrer statens tarv at noen må avgi sin rørlige eller urørlige eiendom til offentlig bruk, så bør han eller hun ha full erstatning av statskassen»

Høyesteretts flertall (dissens 10-7) kom frem til at den omstridte bestemmelsen i loven, i disse tilfellene, førte til resultater som var i strid med Grunnloven § 105 om rett til full erstatning. Overskjønnet ble derfor opphevet og saken hjemvist til ny behandling ved Eidsvoll herredsrett

Førstvoterende innleder med en redegjørelse av domstolenes kompetanse til å prøve grunnlovsmessigheten av lover. Det slås fast at dersom det er hevet over rimelig tvil at anvendelsen av en lov vil føre til resultater som er i strid med Grunnloven, skal domstolene bygge på den regel som følger av Grunnloven, ikke på lovbestemmelsen. Det vises til sikker konstitusjonell sedvanerett og til lov av 25. juni 1926 § 2, som gir særregler om Høyesteretts behandling av grunnlovskonflikter.⁶⁶ Hvor mye som skal til for å sette en lov til side som grunnlovsstridig, vil i noen grad avhenge av hvilke grunnlovsbestemmelser det er snakk om. Av dette følger en «gradering» av rettighetsvernet.

Dommen legger til grunn at Grunnlovens gjennomslagskraft antas å være betydelig for rettigheter som skal verne om enkeltmenneskets personlige frihet. Når det gjelder grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktenes innbyrdes arbeidsmåte og kompetanse, anfører førstvoterende dommer Blom at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter, kommer i en mellomstilling.⁶⁷ Førstvoterende finner det klart at Stortingets forståelse av lovens forhold til slike grunnlovsbestemmelser, må spille en betydelig rolle når domstolene skal avgjøre grunnlovsmessigheten. Videre at domstolene må være varsomme med å sette sin vurdering over lovgiverens.

I tvilstilfeller stiller rettspraksis et kvalitetskrav til lovgivers forberedelse av loven, i den forstand at Stortingets standpunkt må være basert på et veloverveid syn og at grunnlovsmessigheten må være vurdert, for å begrense domstolenes prøvingsrett. Blant flere⁶⁸ kan Rt. 2007 s. 1308 (tomtefeste III) illustrerer dette.

Saken gjaldt fastsettelse av prisen for innløsning av en festetomt etter tomtefesteloven § 37 første ledd 2. og 3. punktum. Spørsmålet for Høyesterett var om innløsningsregelen som ga rett til innløsning til 40 % av tomteverdien var i strid kravet om full erstatning ved ekspropriasjon i Grunnloven § 105. Ved dissens (6-1) kom Høyesterett frem til at innløsning av feste-

⁶⁶ Rt. 1976 s. 1 på side 4

⁶⁷ Rt. 1976 s. på side 4 og 5

⁶⁸ Blant andre Rt. 1976 s. (Kløfta) og Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt)

tomt var et ekspropriasjonssinnegrep og at innløsning til 40 % av tomteverdien i denne saken ikke utgjorde full erstatning etter Grunnloven § 105.

I følge førstvoterende dommer Lund ligger det et kvalitetskrav i Høyesteretts forutsetning for å begrense prøvingen i tvilstilfeller. Kravet er at Stortinget klart har vurdert og bygget på at loven er i samsvar med Grunnloven. Det må derfor, etter hans mening, i hvert fall bety at vesentlige konsekvenser av en lov, som klart fremstår som problematisk i forhold til Grunnloven § 105, må være overskuet og at grunnlovsmessigheten er vurdert under lovforberedelsen. Derksom dette ikke fremgår, kan generelle uttalelser om at forholdet til Grunnloven er vurdert og funnet i orden, vanskelig tillegges avgjørende vekt.

Førstvoterende finner det *utvilsomt* at anvendelsen av 40 prosentregelen i denne saken vil være i strid med Grunnloven § 105, og at Stortingets eget syn på lovens grunnlovsmessighet da har begrenset vekt. Hva lovgiver uttalte om forholdet til Grunnloven, viser ikke at konsekvensene ved at festeren kan kreve innløsningssummen fastsatt til 40 % av tomteverdiene, er overskuet og vurdert i forhold til Grunnloven.⁶⁹

Dissenterende dommer Stabel la avgjørende vekt på at innløsning etter tomtefesteloven § 37 ikke var et ekspropriasjonstiltak som ble omfattet av Grunnloven § 105, og således ikke var i strid med denne.

Denne saken gjaldt grunnlovsvernet for økonomiske rettigheter, hvor det altså skulle følge av Kløfta-prinsippet at domstolene skal være mer tilbakeholdne med å sette seg ut over stortingets egne grunnlovsvurderinger, enn ved bestemmelser som gjelder den personlige frihet og sikkerhet. Men som denne dommen viser, som Kløfta-dommen selv, er grunnlovsvernet en realitet også for økonomiske rettigheter.

Selv om Høyesterett uttrykker at vernet ikke er like sterkt for økonomiske rettigheter, står det ikke lovgiver fritt å begrense slike rettigheter heller. Videre kan dommen tas til inntekt for at det gjelder et klarhetskrav for å begrense domstolenes prøvelsesrett. Domstolene må i tilfelle følge lovgivers syn når det foreligger rimelig tvil, dersom Stortinget klart har vurdert og konkludert med at loven ikke kommer i strid med grunnloven.

⁶⁹ Rt. 2007 s. 1308 i avsnitt 61

Dersom det i norsk rett gjelder et gradert rettighetsvern, kan det ha betydning for domstolenes kontroll med lovers forhold til de nye rettighetsbestemmelsene i Grunnloven kapittel E, og for vurderingen av om disse nye rettighetene gir noe nytt eller noe mer enn det som følger av ordinær lov og traktatforpliktelser.

Prinsippet som kan utledes av Kløfta-dommen er at domstolene skal håndheve økonomiske rettigheter bare overfor lovgivning som utvilsomt strider mot Grunnloven. Mens andre rettigheter, slike som angår ytringsfrihet og personlig frihet, skal nyte sterkere vern mot inngrep fra lovgiver. Et annet krav som kan utledes av Kløfta-dommen, er at grunnlovsspørsmålet skal være vurdert av lovgiver, og at denne vurderingen må ha en viss kvalitet.

I saken inntatt i Rt. 2007 s. 1281 (tomtefeste I) viser førstvoterende som flertallet fulgte, til tidligere dommer som handler om en tredeling av rettighetsvernet⁷⁰ slik det fremkommer av Kløfta-dommen, og uttrykker selv at det følger av sikker rettspraksis at domstolene må være mer tilbakeholdne med å sette lovgivers grunnlovsvurderinger til side i saker som gjelder økonomiske rettigheter, enn ved bestemmelser som gjelder personlig frihet og sikkerhet. Førstvoterende legger til at også for økonomiske rettigheter er grunnlovsvernet en realitet.

Fra Rt. 1996 s. 1415 på side 1429 som førstvoterende viser til gjengis:

«Jeg ser denne tredelingen som grunnleggende riktig. Det er nok så at den er relativt grov, især omfatter de økonomiske rettigheter svært forskjellige kategorier, men som generelt utgangspunkt må grunnlovsvernet etter bestemmelser om den personlige frihet eller sikkerhet være sterkere enn grunnlovsvernet for økonomiske rettigheter.»

Det er verdt å merke seg at i mange av de saker hvor Høyesterett omtaler denne tredelingen av rettighetsvernet som følger av Kløfta-dommen, gjelder spørsmålet økonomisk rettigheter. Dommene viser imidlertid at også i disse sakene, har grunnlovsvernet vunnet frem.

Et annet eksempel som viser dette er saken inntatt i Rt. 2010 (rederiskatt) som gjelder omlegging i 2007 av rederiskatteordningen fra 1996. Denne ordningen gjorde at skipsfartsinntekter var «fritatt for skatteplikt» inntil inntektene ble utnyttet til utdeling eller til rederiet gikk ut av ordningen. Spørsmålet for Høyesterett var om omleggingen av denne ordningen var i strid med tilbakevirkningsforbudet i grunnloven § 97, eller med EMK protokoll 1 artikkel 1. Under

⁷⁰ Rt. 2007 s. 1281 i avsnitt 73 og 74

sterk dissens (6-5) kom Høyesterett frem til at overgangsreglene i 2007-loven var i strid med Grunnloven § 97.

Førstvoterende ga uttrykk for sitt syn på innholdet i Grunnloven § 97 og på hvilken norm som gjelder for tilbakevirkningsspørsmålet i denne saken. Dommer Utgård viste til tredelingen av prøvingsretten slik den er lagt til grunn i Kløfta-dommen og i senere saker (Rt. 1996 s. 1415 og i Rt. 2007 s. 1281). Denne saken gjelder vern av økonomiske interesser og står derfor i en mellomstilling etter oppdelingen i Kløfta-dommen.

Førstvoterende viser til Borthen-dommen (Rt. 1996 s. 1415) der førstvoterende legger til grunn at tilbakevirkningsforbudet på spesielle områder kan ha et mer presist innhold, men som ellers må anses å rette seg mot særlig urimelig eller urettferdig tilbakevirkning. Dommer Utgård minner også om at det i dommen ble foretatt en interesseavveining mellom trygdemottakeren og staten. I Borthen-dommen medførte ikke tilbakevirkningen at det ble knyttet nye byrder til tidligere handlinger, men at lovendringen i framtiden svekket rettslige posisjoner. Førstvoterende slår derfor fast at overgangsordningen ikke kan sammenlignes med Borthen-saken, fordi overgangsordningen for rederiene mer har karakter av å legge nye byrder til tidligere handlinger, nemlig inntjeningen.

Etter å ha sett på rettspraksis i tiden etter Borthen-dommen, kan det etter førstvoterendes syn stilles opp noen hovedpunkter. Hvorvidt en lov som knytter virkninger til tidligere hendelser eller griper inn i etablerte rettsposisjoner, er i strid med Grunnloven § 97, er avhengig av hvor sterkt tilbakevirkningselementet er. Dersom loven direkte knytter nye byrder til eldre hendelser, er loven som hovedregel grunnlovsstridig. Hvis loven derimot bare gir regler om hvordan en etablert rettsposisjon skal utøves for fremtiden, er hovedregelen det motsatte. Førstvoterende bemerker at det finnes overgangsformer mellom disse ytterpunktene og at denne saken er en slik overgangsform.

Høyesterett la videre vekt på at saken gjaldt et område hvor hensynet til rederinæringens behov for å kunne innrette seg, må veie tungt. Etter denne gjennomgang av rettspraksis slår Høyesterett fast at det må foreligge sterke samfunnsmessige hensyn for å tillate tilbakevirkning. Spørsmålet om eventuell grunnlovsstrid må skje konkret for dem som er parter i saken, men likevel slik at det tas hensyn til helheten ved lovreguleringen, og at ikke ethvert urimelig utslag for en part er grunnlovsstridig.

Høyesterett la avgjørende vekt på at det ikke var sterke samfunnsmessige behov for å akseptere tilbakevirkning. Spørsmålet om vernet av eiendom etter EMK var det derfor ikke nødvendig å gå inn på.

Når førstvoterende viser til at denne saken er annerledes enn Borthen-saken, der staten fikk medhold, er det altså fordi overgangsordningen legger nye byrder til tidligere handlinger og slår negativt ut for rederienes inntjening. Det er derfor utvilsomt en sak som handler om økonomiske interesser og rettigheter, og som etter Kløfta-prinsippet skal nyte et svakere vern enn rettigheter som verner om personlig frihet og sikkerhet. Etter dette prinsippet skulle domstolene også håndheve økonomiske rettigheter *bare* overfor lovgivning som utvilsomt strider mot grunnloven. Når dommen ble avsagt under sterk dissens (6-5) er det grunn til å tro at det må ha vært *noe* tvilsomt om overgangsordningen var i strid med Grunnloven. Det synes derfor som om Kløfta-prinsippet, til tross for at det ble vist til som gjeldende rett, likevel ikke ble fulgt.

Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus) er enda et eksempel på at Høyesterett referer til den relativiseringen av grunnlovsvernet som skal følge av Kløfta-dommen. Spørsmålet i denne saken knyttet seg til en bestemmelse til vern om enkeltmennesket personlige frihet og sikkerhet. Likevel ble resultatet at Kjuus tapte i retten.

Spørsmålet var om politiske ytringer i et partiprogram var vernet etter Grunnloven § 100.⁷¹ Til tross for at slike politiske ytringer må kunne sies å være i ytringsfrihetens kjerne, ble Kjuus dømt for rasistiske ytringer etter rasismeparagrafen i straffeloven § 135a. Dette skulle altså etter Kløfta-prinsippet være et område hvor prøvingsintensiteten var spesielt sterk. Høyesterett fant likevel, riktignok under dissens, at uttalelsene ikke var vernet.

Andre eksempler på at domstolen har vist til, men ikke nødvendigvis har praktisert læren fra Kløfta-dommen, er blant andre Rt. 1996 s. 1415 (Borthen), Rt. 2007 s. 1308 (tomtefeste III) og Rt. 2010 s. 535 (OVF).

3.7 Gamle og «glemte» bestemmelser

Et av Grunnlovens særtrekk er dens alder. Den kom til i en tid totalt annerledes enn vår, og inneholder derfor noen bestemmelser som ved første øyekast ikke fremstår som særlig aktuel-

⁷¹ «Ytringsfrihet bør finne sted»

le i dag. Det har vært uttalt fra et offentlig oppnevnt utvalg⁷² at Grunnloven er full av bestemmelser som ikke lenger har noe reelt innhold og at en av dem var den tidligere § 106.⁷³

Saken inntatt i Rt. 2010 s. 535 (OVF) viser imidlertid at selv riktig gamle og lite brukte bestemmelser, slike som har «slumret» i lang tid, fortsatt gjelder og vil bli lagt til grunn som gjeldende rett, og at utvalget tok feil. Saken gjaldt forståelsen av nettopp Grunnloven § 106 (nå § 116) om det gods som er benefisert geistligheten, og om denne forståelsen kan opprettholdes når man tar i betraktning den samfunnsutvikling som har funnet sted.

Førstvoterende dommer Støle, som representerte flertallet, anfører at det ikke er tvilsomt at samfunnsutvikling generelt kan være relevant ved tolking av Grunnloven⁷⁴, men tok bestemmelsen på alvor. Førstvoterende så den som en fortsatt virksom del av Grunnloven og som en skranke for lovgivers virksomhet.

Dommer Endresens dissenterende votum gir uttrykk for at den i saken angjeldende paragraf, ikke kan opprettholdes som skranke for lovgiver, fordi tiden har løpt fra grunnlovsbestemmelsen. Som han uttrykker det:

«Det står da tilbake at tiden har løpt fra Grunnloven § 106. De formål som begrunnet regelen er i dag ivarettatt av staten på annen måte, og de øvrige særlige forutsetninger som begrunnet bestemmelsen er ikke lenger til stede. Bestemmelsen kan etter mitt syn ikke opprettholdes som skranke for lovgiver.»⁷⁵

Denne uttalelsen kan oppfattes som om domstolen innehar kompetanse til å endre Grunnloven. Dette standpunktet var han imidlertid alene om.

Det er Stortinget som gir og opphever lover og foretar endringer i dem. Grunnloven er i løpet av sine 200 første leveår, blitt endret ikke mindre enn 315 ganger.⁷⁶ Mye av dens innhold er derfor av helt eller delvis nyere dato, og viser at Stortinget når det finner grunn til det, foretar nødvendige grunnlovsendringer. Det er derfor grunn til å tro at når vi har gamle bestemmelser

⁷² NOU 2006:2 Staten og Den norske kirke s. 156

⁷³ Nå § 116 «Så vel kjøpesummer som inntekter av det gods som er benefisert geistligheten, skal bare anvendes til geistlighetens beste og til opplysningens fremme. Milde stiftelsers eiendommer skal bare anvendes til gang for disse.»

⁷⁴ Rt. 2010 s. 535 avs. (128)

⁷⁵ Rt. 2010 s. 535 avs. (235)

⁷⁶ Sejersted s. 553

er det fordi Stortinget ikke har hatt behov for å endre dem.⁷⁷ Selv om Grunnloven og dens ulike paragrafer har kommet til skjels år og alder, er den og de enkelte bestemmelsene i den, like fullt relevant som rettslig grunnlag som kan og skal legges til grunn av domstolene. Så lenge de ikke er opphevet, vil det være feil å avskrive dem.

Til sist er det verdt å nevne at den angjeldende grunnlovsbestemmelsen som dommer Endresen mente tiden hadde løpt fra i Rt. 2010 s. 535 (OVF), ved grunnlovsrevisjonen 2014 kun fikk nytt paragrafnummer og en språklig oppdatering. Dette til tross for at det i grunnlovsforslag 12 ble fremmet forslag om en endring i bestemmelsen, slik at forvaltningen av fondet skulle kunne gjøres på den måten Stortinget bestemmer. Dette forslaget fikk ikke det nødvendige flertall. Det må vel kunne tas til inntekt for at Stortinget mener bestemmelsen om at geistlighetens benefiserte gods bare skal benyttes til geistlighetens beste, fortsatt er aktuell. Domstolene bør derfor være varsomme med helt på egen hånd å oppheve gamle og «slumrende» bestemmelser.

3.8 Menneskerettigheter ikke tilstrekkelig vernet?

3.8.1 Innledning

For å kunne gi et svar på spørsmålet om menneskerettigheter er tilstrekkelig vernet, må man ta i betraktning at Grunnloven er del av en større helhet. Borgernes rettighetsvern er summen av det vern som følger av grunnlov, ordinær lov og folkerettslige bestemmelser. I en rettsstat som Norge spiller nasjonale institusjoner og regler hovedrollen, og rettigheter bygd på lov og budsjettvedtak er langt viktigere i folks dagligliv enn rettigheter utledet fra grunnlov og konvensjoner.⁷⁸ Verdien av rettighetene som følger av lov og budsjettvedtak, vil imidlertid forsterkes av konstitusjonens innhold, dens status som positiv rett og domstolenes prøvingsrett.

Mange borgere har fått sine rettigheter ivaretatt gjennom helt vanlig lovanvendelse og domstolenes prøvingsrett. Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) i Strasbourg har imidlertid avsagt en del dommer mot Norge. Det kan derfor tyde på at Grunnloven ikke gir tilstrekkelig vern for menneskerettigheter. Dette kapittelet vil vise noen av de saker Norge har tapt for menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg.

⁷⁷ Smith 2015 s. 120

⁷⁸ Smith 2013 s. 352

3.8.2 Sivile og politiske rettigheter

Søk i lovdata viser at Norge de siste ti årene fra 2005 til og med 2014, er dømt for traktatbrudd 17 ganger. De fleste dommene gjelder brudd på artikkel 6 om rettferdig rettergang (7 saker) og brudd på artikkel 8 om rett til respekt for sitt privatliv og familie (6 saker).

Dette er bestemmelser som inntil grunnlovsrevisjonen 2014 ikke har hatt noen tilsvarende bestemmelse i grunnloven, men som skal være ivaretatt i ordinær lov, slik som for eksempel tvistemålsloven. Det er et alminnelig folkerettslig prinsipp at nasjonal lovgivning ikke kan brukes som begrunnelse for ikke å oppfylle en traktatforpliktelse⁷⁹, og det vil derfor være usikkert hvilken rettslig betydning det vil ha å løfte disse rettighetene opp til grunnlovsnivå. Norske domstoler skal jo uansett benytte den bestemmelsen som gir borgerne det beste vern. I Rederiskattesaken fant førstvoterende grunnlovsspørsmålet utvilsomt og da var det ikke nødvendig å se på forholdet til EMK Protokoll 1-1.⁸⁰

Andre eksempler på at norske borgere har vunnet frem med sine påstander om krenkelse av sine rettigheter for domstolen i Strasbourg, er i saker som er klaget inn av pressen. Norge har blitt dømt flere ganger for brudd på EMK artikkel 10 som skal sikre borgernes rett til å ytre seg,⁸¹ selv om ytringsfriheten etter Grl. § 100 opprinnelig er en av de riktig gamle⁸² i vår konstitusjon og en bærebjelke i et demokratisk samfunn.

Saken inntatt i Rt. 2004 s. 1737 (TV Vest og Rogaland pensjonistparti) gjaldt gyldigheten av Statens medieforvaltnings vedtak om å ilegge TV-selskapet et overtredelsesgebyr for å ha overtrådt forbudet mot politisk reklame i TV. Spørsmålet Høyesterett måtte ta stilling til var om kringkastingsloven⁸³ § 3-1 tredje ledd, som hjemler forbudet, er i strid med Grunnloven § 100 eller Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 10, jf. menneskerettsloven § 3.

Førstvoterende som flertallet fulgte, behandlet først forholdet til Grunnloven § 100, og konkluderte med at det er lite tvilsomt at reklameforbudet slik det er utformet i kringkastingsloven, ikke kommer i strid med Grunnloven § 100. Deretter gikk han over til å vurdere bestemmelsen i forhold til EMK artikkel 10. Etter å ha utledet tolkningsprinsippene som følger av EMD,

⁷⁹ Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 27

⁸⁰ Rt. 2010 s. 143 avsnitt 173 og 174

⁸¹ Case of TV Vest & Rogalands Pensjonistparti v. Norway, Tønsbergs Blad and Haukom v. Norway, Bergens Tidende and Others v. Norway og Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway

⁸² Dagens bestemmelse er vedtatt i 2004

⁸³ Lov 4. des. 1992 nr. 127 om kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester (kringkastingsloven)

slo flertallet fast at kringkastingsloven § 3-1 tredje ledd heller ikke var en krenkelse av EMK artikkel 10. Og tingrettens dom ble stadfestet.

Mindretallet ved dommer Skoghøy kom imidlertid til et annet resultat. Han behandlet ikke spørsmålet om kringkastingslovens grunnlovsmessighet, men gikk rett på spørsmålet om forholdet til EMK artikkel 10. Dommer Skoghøy kom til at Statens medieforvaltnings vedtak om å ilegge TV Vest overtredelsesgebyr var et urettmessig inngrep i ytringsfriheten etter EMK artikkel 10.

TV Vest anket dommen inn for Den europeiske menneskerettighets domstol, som var enig med mindretallet i Høyesterett. Dommen er et eksempel på at rettighetsvernet som følger av Grunnloven ikke alltid er tilstrekkelig, og at vernet etter EMK kan være sterkere.

3.8.3 Økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

Det har gjerne vært hevdet at grunnloven best har beskyttet økonomiske rettigheter, og om så har vært tilfelle, er nok forklaringen grunnlovens alder. I 1814 sto eiendomsretten som en sentral rettighet.

Saken *Lindheim and Others v. Norway* fra 2012 er det eneste eksempelet de siste 10 årene av brudd på økonomiske rettigheter. I denne saken slo Den Europeiske menneskerettsdomstolen fast at lovgiver til tross for sin vide skjønnsmargin på dette området, ikke hadde foretatt en rimelig avveining mellom allmennhetens interesser og klagernes eiendomsrettigheter. Høyesterett kom som kjent til at tomtfesteloven i disse tilfellene ikke var i strid med kravet om full erstatning etter Grunnloven § 105. Eiendomsretten etter protokoll 1 artikkel 2 rakk lenger og Norge ble dømt.

Søket i lovdata var begrenset til de siste ti år, og det er ikke riktig å trekke noen sikker konklusjon ut i fra et så begrenset utvalg. Likevel kan dette lave antallet indikere at økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter har hatt et bedre grunnlovsværn enn sivile og politiske rettigheter.

3.8.4 Det samlede rettighetsvernet i norsk rett

Selv om vi har fått en del dommer mot oss i EMD, er vi langt i fra noen versting, til tross for at vår konstitusjon har færre rettigheter enn andre land det er naturlig å sammenligne seg med.

Faktisk så scorer Norge i toppen i hver indeks over menneskerettighetsvern.⁸⁴ Dette skyldes i følge Ginsburg at Norge har klart å velge praksiser som beskytter rettigheter gjennom vanlig lovgivning og uformelle institusjoner. Dette er forklaringen på hvorfor det er et veldig stort gap mellom rettigheter som er nedfelt i Grunnloven, og det faktiske rettighetsvernet. Dette er også karakteristisk for andre land med gamle og stabile grunnlover, i følge ham.

En viktig forutsetning for dette er den tverrpolitiske enighet og vilje etter annen verdenskrig til å sikre borgernes rettigheter i Norge gjennom ordinær lovgivning.⁸⁵ På denne måten vil også lovgiver kunne ta hensyn til offentlige budsjetter ved tildeling av goder og rettigheter. Dette gir de styrende myndigheter både politisk og økonomisk handlingsrom og er således utvilsomt en fordel for lovgivende og bevilgende myndigheter.

Eksempel på at bevilgende myndigheter har et handlingsrom gjennom endring i velferdslovgivningen, er blant annet sakene for domstolen om endringer i pensjonsrettigheter.⁸⁶ Selv om endringene medførte et økonomisk tap og innebar et skår i pensjonistenes berettigede forventninger, kom Høyesterett fram til at dette ikke var en krenkelse av deres grunnlovsfestede rettigheter.

3.9 Oppsummering

Dette kapittelet har gitt et kort historisk tilbakeblikk på Grunnloven og på utviklingen av rettighetsvernet i den. Kapittelet har også vist at Grunnloven tidlig hadde status som positiv rett og at domstolene begrunnet sine standpunkter i grunnlovsbestemmelser. Som følge av lex superior-prinsippet går grunnlov foran formell lov, og dette prinsippet førte derfor til at norske domstoler tidlig foretok domstolskontroll med lover. Siden det i norsk rett ikke eksisterer noen ren konstitusjonsdomstol, har domstolskontrollen foregått gjennom konkrete saker med individuelle parter. Det er derfor naturlig at domstolskontrollen i praksis har spilt en særlig rolle på rettighetsområdet, slik det tydelig fremkommer av Høyesteretts praksis i forbindelse med deres kontroll av lovers grunnlovsmessighet. Denne praksisen er av stor betydning for fremtidige tolkning og avklaring av de nye rettighetsbestemmelsenes nærmere innhold og avgrensning.

⁸⁴ Tom Ginsburg, *Nytt Norsk Tidsskrift* 3 2014 s. 225 på side 234

⁸⁵ Dokument 16 (2011-2012) s. 49

⁸⁶ Rt. 1996 s. 1415 (Borthen) og Rt. 1996 s. 1440 (Thunheim)

Som denne praksisen viser er det imidlertid usikkert om det eksisterer et gradert rettighetsvern i norsk rett, selv om det stadig vises til den gradering som defineres i Kløfta-dommen. Et slikt gradert vern kan heller ikke utledes av grunnloven selv. Grunnloven § 92⁸⁷ pålegger staten å sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i Grunnloven og bindende traktater, og skiller ikke mellom de ulike typer av rettigheter. Likevel er det nok slik at rettigheter som skal verne om den personlige frihet og sikkerhet, vil være gjenstand for intens kontroll av domstolene. Tredelingen av rettighetsvernet etter Kløfta-prinsippet, kan imidlertid få betydning for domstolenes tolkning og avgrensning av de mer deklorative nye bestemmelsene.

Til sist ble det stilt spørsmål om hvorvidt menneskerettigheter er tilstrekkelig vernet i norsk rett. Kapittelet viser at den norske stat er dømt av EMD for brudd på menneskerettigheter ved flere anledninger. Det kan derfor være grunn til å styrke menneskerettighetenes stilling i Norge ved å løfte flere sentrale rettigheter inn i Grunnloven, med den beskyttelsen mot inngrep fra myndighetene som naturlig følger av å gi bestemmelser grunnlovs rang.

⁸⁷ «Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.»

4 Menneskerettigheter i Grunnloven

4.1 Innledning

Dette kapittelet skal redegjøre for noen av de nye bestemmelsene og gjennom tolkning forsøke å avklare deres rettslige innhold. Helt nye er de likevel ikke, for som eidsvollsmennene, har Stortingets menn og kvinner også i 2014 inntatt bestemmelser med internasjonalt opphav.

«De levde på lån og la ikke skjul på det», skrev Andenæs om eidsvollsmennene.⁸⁸ De nye menneskerettighetsbestemmelsene i det nye kapittel E er også resultat av et åpenbart lån. Med den forskjell at eidsvollsmennene i 1814 ikke lånte fra allerede bindende forpliktelser. Den gang var grunnlovsbestemmelsene om vern for menneskerettigheter noe helt nytt for nasjonen Norge, mens dagens grunnlovsgivere har inntatt/lånt fra våre traktatbaserte forpliktelser. Forpliktelser vi allerede er bundet av.

Et spørsmål for denne oppgaven er i hvilken grad det nye menneskerettighetskapittelet i Grunnloven uttrykker subjektive rettigheter, og har betydning for oppfatningen av Grunnloven som positiv rett. Et annet spørsmål er om bestemmelsene gir noe nytt eller noe mer enn det som følger av henholdsvis ordinær lov og internasjonale forpliktelser. Svarene kan si noe om hvorvidt Grunnloven fortsatt er mer enn et visittkort. Det redegjøres derfor for gjeldende rett på området, og underveis drøftes i hvilken grad de nye grunnlovsbestemmelsene endrer, eller kan komme til å endre, gjeldende rett.

Etter både gjeldende norsk rett og folkeretten, kan de fleste rettigheter til en viss grad begrenses av hensyn til andres menneskerettigheter eller viktige samfunnsinteresser. Lønningutvalget behandlet spørsmålet om Grunnloven selv skulle inneholde en hjemmel for slike begrensninger, eller om begrensninger i rettigheter slik de i dag praktiseres av domstolene, skulle videreføres. Kapittelet avsluttes med en redegjørelse av gjeldende rett på dette området og en vurdering av om forslaget til en ny begrensningshjemmel vil innebære noe nytt i norsk rett.

⁸⁸ Andenæs s. 69

4.2 Rettighetskatalogen Grunnloven kapittel E

4.2.1 Innledning

Dersom de nye bestemmelsene er ment å gi subjektive rettigheter og ikke bare være deklarativer, kan grunnlovsfesting gi menneskerettigheter et sterkere vern enn det som følger av ordinær lov og traktatforpliktelser, fordi endringsprosessen ved vedtakelsen er mer krevende.

Kapittelet er ordnet kronologisk etter paragrafnummer som er vurdert relevante for problemstillingen i denne oppgaven, og starter med generalklausulen i § 92, for deretter å behandle den mest grunnleggende av alle rettigheter, nemlig retten til liv § 93. I Grunnlovsforslag 30 (2011-2012) fremmes forslag om grunnlovsfesting av sivile og politiske rettigheter av ulik karakter. Paragrafene 94, 95 og 96 handler alle om rettssikkerhetsgarantier og henger naturlig sammen. Disse bestemmelsene vurderes å være meget relevante for problemstillingen i denne oppgaven og behandles under overskriften *Sivile og politiske rettigheter*. Av andre bestemmelser av sivil og politisk art, er de nye bestemmelsene i §§ 102 og 104 særlig relevante for oppgaven, fordi de kan tenkes å innebære noe nytt. Disse behandles samlet under overskriften *Grunnloven §§ 102 og 104 Rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, og barnets beste*. Sist behandles bestemmelser fra Grunnlovsforslag 31 (2011-2012) om grunnlovsfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter. Felles for mange av de foreslåtte bestemmelsene på dette området, er at de ikke ble vedtatt av Stortinget. Blant de som ble vedtatt er det få som er helt nye. Av interesse for denne oppgaven synes §§ 109⁸⁹ og 110⁹⁰ å peke seg ut.

4.2.2 Generalklausulen Grunnloven § 92

Innledning

Hensikten med dette underkapittelet er å kunne svare på om generalklausulen Grl. § 92 er mer enn en deklarasjon, og gjennom en sammenlikning av denne bestemmelsen med forgjengeren i § 110c. vurdere om Grl. § 92 gir noe nytt eller noe mer enn det som følger av formell lov og traktatforpliktelser. Avslutningsvis behandles spørsmålet om hvorvidt konvensjonsforpliktelser har fått grunnlovs rang.

⁸⁹ «Enhver har rett til utdanning.»

⁹⁰ «Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring. Den som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold har rett til støtte fra det offentlige.»

Gjeldende rett

Kapittel 3.4.2 behandlet spørsmålet om hvorvidt det gjelder et gradert rettighetsvern i norsk rett, og det synes, til tross for at en slik tredeling av rettighetsvernet gjentas i domspremissene, som om praksis er noe annet. Likevel tar denne oppgaven utgangspunkt i premissene som er lagt til grunn for Kløfta-dommen. Kløfta-prinsippet angir at bestemmelser om individets personlige frihet og sikkerhet skal ha større motstandskraft mot inngrep ved lov enn bestemmelser om økonomiske rettigheter. Denne inndelingen har en viss sammenheng med skillet mellom sivile- og politiske rettigheter, og økonomiske-, sosiale- og kulturelle rettigheter. Dommen er et uttrykk for at det gjelder et slags hierarki av rettigheter, der vernet for personlig frihet og sikkerhet, samt ytringsfrihet og religionsfrihet troner øverst.

Denne praksisen kan ikke utledes hverken av den tidligere § 110 c., bindende traktater eller menneskerettsloven. Grunnloven § 110 c. er nå erstattet av ny § 92. Selv om det er klart flest av de sivile og politiske rettighetene i Grunnloven, og det i seg selv kunne tilsi at det gjelder en form for rangering, skiller heller ikke denne bestemmelsen mellom sivile- og politiske rettigheter, og økonomiske- sosiale- og kulturelle rettigheter. Det nye menneskerettighetskapitlet i Grunnloven har hentet mye av sitt innhold fra Den europeiske menneskerettskonvensjonen som sikrer individets grunnleggende rettigheter og friheter. EMK artikkel 1 lyder slik:

«The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in section I of this convention.» I norsk oversettelse er den slik: *«De høye Kontraherende Parter skal sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjonen.»*⁹¹

Norge er forpliktet etter EMK som pålegger staten å sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som følger av EMK. Dersom det viser seg at staten ikke følger opp denne forpliktelsen kan den bli dømt for traktatbrudd av EMD. Denne forpliktelsen er nedfelt i Grunnloven som pålegger statens myndigheter å respektere og sikre rettighetene slik som de følger av blant annet bindende traktatforpliktelser om menneskerettigheter slik som EMK, jf. Grunnloven § 92.

⁹¹ Bertelsen s. 37

Den tidligere Grunnloven § 110 c. lød slik: «*Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne. Nærmere Bestemmelser om Gjennemførelsen af Traktater herom fastsættes ved lov.*»

Denne bestemmelsen førte til vedtakelsen av Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) som lister opp i § 2 de konvensjoner som skal gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge. Menneskerettsloven § 3 bestemmer at de konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Som for andre motstridsspørsmål, må det først avgjøres om det foreligger motstrid. Og som førstvoterende i Rt. 2002 s. 557 (dobbeltraffsak I) presiserer at:

«Dersom den tolking av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som ut fra en slik bedømmelse har de beste grunner for seg, kommer i strid med annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran, jf. menneskerettsloven § 3.»⁹²

Bestemmelsen i menneskerettsloven § 3 er en prioriteringsregel, men som førstvoterende i saken inntatt i Rt. 2002 s. 557 (dobbeltraffsak I) påpeker:

«...kan spørsmålet om det foreligger motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett, slik at konvensjonsbestemmelsen må gå foran, ikke løses ved et generelt prinsipp, men beror på en nærmere tolking av de aktuelle rettsregler.»⁹³

Høyesterett uttaler på samme side i dommen at når norske domstoler tolker en konvensjonstekst, skal retten foreta en selvstendig tolking, men etter samme metode som den som brukes av EMD. Først når begge regelsett er tolket og innholdet i hvert av dem er klarlagt og konkretisert til rettigheter og plikter, og eventuell motstrid ikke kan tolkes bort, først da går den inkorporerte konvensjonsbestemmelsen foran norsk intern rett, etter menneskerettsloven § 3. I dobbeltraffsak I kom retten til at det var motstrid mellom intern rett og konvensjonens krav, med den konsekvens at intern rett ble satt til side og konvensjonsregelen vant frem.

I Rt. 2001 s. 1006 (KRL-dommen) kom Høyesterett frem til at opplæringsloven ikke var i strid med våre folkerettslige forpliktelser. Det var derfor ikke grunnlag for å sette bestemmel-

⁹² Rt. 2002 s. 557 side 565

⁹³ Rt. 2002 s. 557 side 565

sen i opplæringsloven til side. Den private part anket saken inn for EMD, og vant frem med sitt krav om at det omstridte vedtaket var ugyldig. Norge ble dømt for traktatbrudd og har senere endret opplæringsloven.

Som eksempelet med KRL-dommen viser gir menneskerettsloven alene ingen sikker beskyttelse mot inngrep i borgernes rettigheter. Det kan synes som om vernet som følger av EMK gjennom menneskerettsloven er sterkere.

Gir § 92 noe nytt eller mer?

Lønning-utvalget drøftet hvorvidt den generelle bestemmelsen i Grunnloven § 110 c. burde videreføres i uendret form, om og eventuelt hvordan den burde endres, og hvilket forhold det burde være mellom denne generelle bestemmelsen og menneskerettslovens forrangsregel.⁹⁴

Den tidligere § 110 c. første ledd pålegger staten å respektere og sikre menneskerettighetene, mens annet ledd bestemmer at gjennomføringen av menneskerettskonvensjoner skal skje ved lov. Tanken bak denne bestemmelsen var, i følge utvalget, at en grunnlovsbestemmelse som viste til menneskerettighetskonvensjonene ville ha sterkere signaleffekt enn inkorporering av konvensjonene i lov alene. Samtidig som man ønsket å utvise varsomhet med å inkorporere konvensjonene på grunnlovs nivå.

Menneskerettighetslovutvalget⁹⁵, som Lønning-utvalget viste til, mente dessuten at det ville ha liten praktisk betydning om konvensjonene ble gitt grunnlovs eller lovs trinnhøyde. Begrunnelsen for dette synet var at konvensjonene uansett ville være «*svært tungtveiende rettskildedefaktorer*»,⁹⁶ og at Grunnloven § 110 c. var ment å gi et generelt uttrykk for menneskerettighetenes sentrale plass i norsk rett.⁹⁷

Lønning-utvalget påpeker at selv om Grunnloven § 110 c sjelden har kommet til anvendelse i Høyesterett, innebærer ikke det nødvendigvis at bestemmelsen har hatt liten praktisk betydning. Den kraftige økningen i antall saker der menneskerettighetskonvensjonene har vært påberopt eller omhandlet i Høyesterett, *kan* etter utvalgets syn tyde på at Grunnloven § 110 c.

⁹⁴ Dokument 16 (2011-2012) s. 64

⁹⁵ Menneskerettighetslovutvalget, se NOU 1993:18

⁹⁶ Dokument 16 (2011-2012) s. 64

⁹⁷ Dokument 16 (2011-2012) s. 64

har hatt en betydelig signaleffekt, selv om også andre forhold kan ha spilt inn.⁹⁸ Grunnloven § 110 c. har sannsynligvis også hatt betydning ved utformingen av ordinær lovgivning og for forvaltningens generelle virksomhet.⁹⁹ For Høyesterett har Grunnloven § 110 c. vært anført i litt mer enn 15 saker siden bestemmelsen ble vedtatt i 1994.¹⁰⁰

Lønning-utvalget anfører at rettspraksis kan tyde på at bestemmelsen i annet ledd har vært med på å svekke prinsippet som følger av første ledd og at dette nok ikke var grunnlovgivers intensjon.¹⁰¹ Den følgende redegjørelsen for bestemmelsen i annet ledd, angår spørsmålet om dualisme,¹⁰² mer enn Grunnloven som positiv rett. Bestemmelsen har imidlertid hatt betydning for tolkningen av første ledd og er derfor relevant for denne oppgaven.

Grunnloven § 110 c. annet ledd har av Høyesterett vært oppfattet slik at den forutsetter at konvensjoner må inkorporeres i norsk lov for at de skal få forrang fremfor intern rett. Dette går frem av dommen inntatt i Rt. 1997 s. 580 (OFS).

Det er viktig å merke seg at denne dommen er avsagt før vedtakelsen av menneskerettsloven i 1999 som ga sentrale menneskerettighetskonvensjoner (EMK, ØSK og SP) status som norsk lov med forrang fremfor intern rett. Uttalelsene om inkorporering og forståelsen av § 110 c. er likevel relevante.

Saken gjaldt gyldigheten av et streikeforbud i provisorisk anordning om lønnsnemndbehandling av arbeidstvistene i oljesektoren ved tariffrevisjonen 1. juli 1994. Spørsmålet Høyesterett skulle ta stilling til var om streikeforbudet rette mot OFS (Oljearbeidernes Fellessammenslutning) og medlemmene av OFS i forbindelse med tariffrevisjonen var ugyldig fordi forbudet var i strid med alminnelige rettsprinsipper av grunnlovsmessig karakter og Norges folkerettslige forpliktelser. På begge disse spørsmål svarte Høyesterett benektende.

Førstvoterende kommer deretter med bemerkninger om forståelsen av Grunnloven § 110 c. og at det følger av Stortingets valg av alternativ ved vedtakelsen av Grl. § 110 c. og uttalelser fra kontroll- og konstitusjonskomiteen, at de folkerettslige forpliktelser Norge har påtatt seg må

⁹⁸ Dokument 16 (2011-2012) s. 65

⁹⁹ Dokument 16 (2011-2012) s. 65

¹⁰⁰ Dokument 16 (2011-2012) s. 64

¹⁰¹ Dokument 16 (2011-2012) s. 67

¹⁰² Folkerettslig prinsipp som går ut på å se folkeretten og den nasjonale rett som to atskilte systemer. Hvis det er motstrid mellom en folkerettsregel og en internrettslig regel, går den internrettslige regel foran, jf. Gisle, s 83

gjennomføres ved lov. Konvensjoner om menneskerettigheter, avgjørelser av EMD og anerkjente folkerettslige prinsipper kan imidlertid ifølge Høyesterett, få internrettslig virkning fordi norsk rett antas/presumeres å være i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Dersom det er en klar motstrid mellom folkerettslige bestemmelser og norsk rett, vil imidlertid utgangspunktet måtte være at den interne rett går foran.¹⁰³

I følge en obiter dictum-uttalelse¹⁰⁴ i OFS-dommen, går det frem at selv om streikeforbudet skulle ha vært i strid med folkerettslige bestemmelser om vern av retten til streik, ville det følge av norsk rett at den provisoriske anordningen om tvungen lønnsnemd var gyldig.

Med en slik tolkning ble kanskje ikke den tidligere § 110c en styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Carsten Smith har da også vært svært kritisk til bestemmelsen. Han har uttalt at denne generalklausulen ville vært en rettslig kraftkilde om den hadde fått stå alene.¹⁰⁵ Det er grunn til å hevde at den tidligere § 110c ikke var mer enn en deklarasjon. Hva så med etterfølgeren - den nye Grl. § 92?

I Lønning-utvalgets vurdering av behovet for en generell bestemmelse om myndighetenes plikt til å respektere menneskerettighetene, må dette spørsmålet ses i lys av den nye Grunnloven § 2, som angir at grunnlovens formål er å sikre blant annet menneskerettighetene. Et av utvalgets argumenter for å videreføre bestemmelsen i Grunnloven § 110 c første ledd i ny § 92, er at den nye Grunnloven § 2 ikke gir et direkte uttrykk for at det er statens myndigheter som har plikter etter menneskerettighetene. I tillegg skal betegnelsen «menneskerettighetene» i § 110 c første ledd tolkes slik at de omfatter rettigheter både i Grunnloven og de som følger av traktatforpliktelser.

Bestemmelsen vil derfor sørge for at konvensjonsrettigheter må respekteres og sikres selv om de ikke nødvendigvis skal ha forrang fremfor ordinær lov etter menneskerettsloven § 3. Utvalget er usikre på om dette kan utledes direkte av Grunnloven § 2.¹⁰⁶ På denne måten mener Lønning-utvalget å fremheve at menneskerettighetsbestemmelsene i både Grunnloven og

¹⁰³ Rt. 1997 s. 580 s. 592-593

¹⁰⁴ Av latin: *obiter*, 'i forbigående, tilfeldigvis' og *dictum*, 'uttalelse', uttalelse i en rettsavgjørelse som ikke er nødvendig for å begrunne resultatet i saken, jf Gisle s. 280

¹⁰⁵ Carsten Smith, *Bør menneskerettighetene styrkes i vår grunnlov?* Jussens venner 2006 s. 235-247, på side 238

¹⁰⁶ Dokument 16 (2011-2012) s. 67

konvensjonene omfattes av den nye bestemmelsen i § 92. I tillegg til å tydeliggjøre menneskerettsbestemmelsene kan en slik presisering også bidra til å avverge misforståelser.¹⁰⁷

Utvalget foreslår ingen endring av innholdet i § 110 c. første ledd, men foreslår å gi § 110 c første ledd nytt paragrafnummer, samt flytte den og bruke den som en innledning til det nye menneskerettskapittelet. Bestemmelsen skiller seg fra de andre i rettighetskapittelet ved at den pålegger statens myndigheter en generell plikt til å ivareta menneskerettighetene. Statens myndigheter er, i følge denne bestemmelsen, pliktsubjektet etter menneskerettighetene.

Kontroll- og konstitusjonskomiteen mener bestemmelsen oppfyller intensjonen om å gi et generelt uttrykk for menneskerettighetenes sentrale plass i norsk rett.¹⁰⁸ Komiteens flertall mener det vil kunne oppstå misforståelser om hvilke internasjonale menneskerettigheter som har grunnlovs rang dersom henvisningen til internasjonale konvensjoner tas ut. Komiteens flertall mener videre at en henvisning til Norges internasjonale forpliktelser ikke vil endre dagens rettstilstand, all den tid dette står i dagens § 110 c. Flertallet mener det er uheldig om grunnlovsvernet for internasjonale menneskerettigheter svekkes ved en revisjon av grunnloven som har til hensikt å styrke menneskerettighetene. Flertallet mener det har en verdi at Grunnloven presiserer at staten har en plikt til å respektere menneskerettigheter som er nedfelt i ratifiserte og bindende traktater for Norge, og legger vekt på dette. Samtidig som flertallet presiserer at ingen fremtidig bindende ratifiserte traktater skal få grunnlovs rang uten først å ha blitt vedtatt etter vanlig prosedyre for grunnlovsendring.¹⁰⁹

Hensikten med bestemmelsen i § 92 er i følge komiteen at den skal være en generell bestemmelse om menneskerettighetenes sentrale rolle i norsk rett, på samme måte som forgjengeren § 110 c som den erstatter. Presiseringen av at ingen fremtidig bindende ratifiserte traktater skal få grunnlovs rang uten først å ha blitt vedtatt etter vanlig prosedyre for grunnlovsendring, er imidlertid egnet til å reise en interessant problemstilling. Dersom dette kan forstås slik at flertallet i kontroll- og konstitusjonskomiteen mener at de «gamle» ratifiserte traktatene har fått grunnlovsrang, vil dette i så fall være noe helt nytt. Det vil være stor forskjell på å gi bindende traktater grunnlovsrang og det å grunnlovsfeste enkeltbestemmelser med opphav i traktatretten. Etter gjeldende rett fra tiden før mai 2014 har slike konvensjoner kun den forrang som følger av menneskerettsloven.

¹⁰⁷ Dokument 16 (2011-2012) s. 67

¹⁰⁸ Innst. 186 S (2013-2014) s. 22

¹⁰⁹ Innst. 186 S (2013-2014) s. 22

Et mindretall bestående av komiteens medlemmer fra Høyre og Miljøpartiet De Grønne mener derimot at det vil være uheldig med en generell henvisning til inkorporerte traktater om menneskerettigheter, fordi en slik bestemmelse kan skape usikkerhet om hvorvidt nye traktater og endringer i traktater, umiddelbart vil ha grunnlovs rang i det de blir bindende for Norge. Dette mindretallet mener at ingen skriftlige regler skal få grunnlovs rang uten å ha blitt vedtatt etter prosedyren for grunnlovsendringer.¹¹⁰ De ønsker en bestemmelse om at alle mennesker er født frie og like og at statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene. En slik bestemmelse skal forstås slik at de eneste reglene om menneskerettigheter som har grunnlovs rang, er de rettigheter som er hjemlet i Grunnloven selv.

Komiteens flertall er ikke konsekvent i sin ordbruk. I et avsnitt uttrykker de bekymring for at det lett vil kunne oppstå misforståelser om «hvilke menneskerettigheter» som har grunnlovs rang dersom henvisningen til internasjonale konvensjoner tas ut. Et annet sted på samme side presiseres at «ingen fremtidig bindende ratifiserte traktater skal få grunnlovs rang» uten å ha blitt vedtatt etter prosedyren i Grunnloven § 112.

Dersom meningen var å gi de internasjonale konvensjonene grunnlovs rang, burde det vært klart uttalt at det var det de mente. Dessuten viser de til at henvisningen til Norges internasjonale forpliktelser ikke vil endre dagens rettstilstand, all den tid dette står i dagens § 110 c. Det er få som tidligere har hevdet at internasjonale konvensjoner har hatt grunnlovs rang i norsk rett.

Både flertallets og mindretallets uttalelser er egnet til å skape usikkerhet om hvorvidt bindende traktater har fått grunnlovs rang ved grunnlovsrevisjonen våren 2014. Kanskje bør en se de ulike fraksjonenes uttalelser slik de fremkommer av innstillingen, i lys av de særlige hensyn som oppstår ved tolkning av forarbeider til grunnlovsforslag, slik som det fremkommer av denne oppgavens kapittel 2.3.4. Det er derfor grunn til å tolke komiteens innstilling dithen at de internasjonale konvensjonene ikke har fått grunnlovs rang ved vedtakelsen av § 92, og at den usikkerhet som følger av innstillingen er mer å regne som et politisk arbeidsuhell.

Høyesterett har i løpet av månedene som har gått etter vedtakelsen av det nye menneskerettighetskapittelet i Grunnloven, rukket å anvende en god del av de nye bestemmelsene allerede.

¹¹⁰ Innst. 186 S (2013-2014) s. 22

Førstvoterende i den såkalte Maria-saken¹¹¹ finner det nødvendig å si noe om rettsgrunnlagene (Grunnloven, EMK og Barnekonvensjonen) og om sammenhengen mellom disse:

«Likhetsstrekkene med EMK er store. Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle grunnlovens menneskerettsbestemmelser.»¹¹²

En mulig forståelse av førstvoterendes utsagn er at i uttrykkene «folkerettslige forbilder» og «de parallelle konvensjonsbestemmelsene» sondres det mellom disse og Grunnloven. Selv om dommen gjelder en av særbestemmelsene i Grunnloven og ikke § 92, kan førstvoterendes anførsel kanskje tas til inntekt for at i følge Høyesterett har traktatbestemmelsene som det vises til, ikke fått grunnlovs rang. Fremtidig rettspraksis vil avklare dette spørsmålet.

Det kan synes som om Grunnloven § 92 er en deklarativ bestemmelse som pålegger staten en plikt, men som fortsatt ikke er ment å gi noen subjektive rettigheter. Som det har fremgått av redegjørelsen ovenfor har det vært en utbredt oppfatning av at den tidligere § 110 c. annet ledd medførte en svekkelse av bestemmelsens første ledd. Annet ledd er ikke videreført i den nye Grl. § 92. En kan derfor hevde at den nye § 92 gir noe mer enn den tidligere § 110 c. som den erstattet.

Når det gjelder vernet som følger av den tilsvarende bestemmelsen i EMK artikkel 1 foreligger det flere dommer av interesse for spørsmålet om hvilket rettighetsvern som følger av bestemmelsen. EMDs praksis har ikke bare betydning for norske domstolars tolkning av denne traktatforpliktelsen, men også for deres tolkning av grunnlovsbestemmelsen.

EMD har bemerket i en sak om tyrkiske myndigheters krenkelse av privat eiendomsrett¹¹³ at artikkel 1 er en rammebestemmelse som ikke kan krenkes i seg selv, og at påberopelse av denne artikkel ikke tilfører krenkelsen noe.¹¹⁴

¹¹¹ HR-2015-206-A

¹¹² Rt. 2015 s. 206-A avs. (57)

¹¹³ Eugenia Michaelidou Developments Ltd og Michael Tymvios mot Tyrkia (2003 07 31)

¹¹⁴ Bertelsen s. 37

På samme måte som etter Grunnloven § 92 er artikkel 1 et uttrykk for en plikt for statene til å respektere og sikre borgernes grunnleggende rettigheter. «*Skal sikre*» markerer at staten har en plikt til å treffe tiltak som er nødvendige for at borgerne skal nyte godt av konvensjonen.¹¹⁵ Dette er en positiv plikt som innebærer mer enn unnlatelse av krenkelser. Det er en aktiv handleplikt for statens myndigheter til å treffe konkrete tiltak for å beskytte borgerne mot en situasjon som kan medføre en krenkelse av deres rettigheter.

I *Stjerna mot Finland*¹¹⁶ bemerket EMD at forholdet mellom statens aktive plikter og de passive pliktene i forhold til en rettighet, at grensene ikke kan defineres nøyaktig, men at de rettslige prinsippene som kommer til anvendelse er sammenfallende. Situasjonen må i begge tilfeller bygge på en rimelig avveining mellom enkeltindividets og fellesskapets interesser. Denne avveiningen eller forholdsmessighetsvurderingen, mellom aktiv og passiv statlig plikt følges av EMD uten hensyn til hvilken artikkel som er påberopt.¹¹⁷

Som eksempel nevner Bertelsen saken *Verein gegen Tierfabriken mot Sveits* (2009), der spørsmålet var om og i tilfelle hvilke, tiltak staten kunne pålegges å treffe i forhold til en privat tv-stasjon for å beskytte ytringsfriheten. Et annet og nærmere eksempel, er *TV-Vest og Rogaland Pensjonistparti mot Norge*, som også knyttet seg til ytringsfrihet. Spørsmålet i saken var om inngrepet (forbudet mot politisk reklame i fjernsyn) var «*nødvendig i et demokratisk samfunn*». Domstolen slo fast at det ikke var tilstrekkelig proporsjonalitet mellom formålet som loven søkte å oppnå og de virkemidler som ble tatt i bruk. Den begrensning som forbudet satte på klagernes utøvelse av deres ytringsfrihet var dermed ikke nødvendig i et demokratisk samfunn. Dette var en avveining eller forholdsmessighetsvurdering, av statens interesser på den ene siden, og pensjonistpartiets interesser på den andre.

At myndighetene har en plikt til ikke bare å respektere, men også å sikre menneskerettighetene som følger av grunnloven selv og bindende traktater som f. eks. EMK, betyr at staten har en plikt til blant annet å beskytte både religions- og ytringsfriheten. Begge er friheter som er viktige i vår del av verden, og som er under et kontinuerlig press. De siste månedenes hendelser i Paris og København har vist et ytterligere press og aktualiserer problemstillingen.

Tegnere som benytter seg av sin rett til å ytre seg og karikerer profeten Mohammed, risikerer å bli drept fordi de sårer noens følelser. Disse tegnerne har rett på beskyttelse. Selv om ordly-

¹¹⁵ Bertelsen s. 38

¹¹⁶ *Stjerna mot Finland* (1994 11 25)

¹¹⁷ Bertelsen s. 40

den i EMK artikkel 1 synes å gi uttrykk for det motsatte, gjelder statens plikt også for forhold borgerne i mellom.¹¹⁸ Det vil si at statens myndigheter har en plikt til å sikre en borger fra å få sine rettigheter krenket av en medborger.

Den plikten til å respektere og sikre menneskerettighetene som følger av Grunnloven og bindende traktater som norske myndigheter har pålagt seg selv, gjelder også i relasjon til den krevende utvisningssaken av Krekar. Flere av våre konvensjonsforpliktelser har et torturforbud nedfelt. Bestemmelsene er absolutt formulert. Det skal ikke kunne gjøres inngrep uansett krig eller krise.¹¹⁹ EMK Articul 3 Prohibition of torture har følgende ordlyd: *“No one shall be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment.”*

I Soering-saken¹²⁰ uttalte EMD at utlevering fra Storbritannia til USA av en drapstiltalt ville krenke EMK fordi straffen han ville få der var umenneskelig og i strid med konvensjonsbestemmelsen. Klageren risikerte dødsstraff i USA. Det var selve ventingen på «dødselle», som man antok ville bli langvarig, og som innebar krenkelse av artikkel 3.

Gjennom en årrekke har Krekar vært en prøvelse for norske myndigheter og skiftende regjeringer. Selv en justisminister fra FrP og et hardtarbeidende departement som søker å svare på statsrådets bestillinger, er bundet av Grunnlov og traktatforpliktelser. Tidligere var det den rettslige skranke som fulgte av menneskerettsloven som hindret effektivisering av utvisningsvedtaket. Menneskerettsloven kan endres og oppheves med et alminnelig flertall. Det kan ikke Grunnloven.

Nå som bestemmelsen som følger av EMK har fått en tilsvarende bestemmelse i Grunnloven § 92, og som vil bli tolket i lys av den tilsvarende bestemmelsen i EMK, vil det være umulig for regjeringen å vedta en anordning om uttransportering av Krekar uten de nødvendige forsikringer fra mottakslandet. Grunnloven § 92 er derfor noe nytt i forhold til den tidligere § 110 c. EMDs praktisering av torturforbudet utgjør en skranke for alle norske regjeringer, inntil det blir et tilstrekkelig stort flertall for å endre Grunnloven på dette punkt. Noe slikt er ganske utenkelig. Krekar får derfor bli i Norge så lenge han selv ønsker.

¹¹⁸ Bertelsen s. 41

¹¹⁹ Høstmølingen s. 152

¹²⁰ Soering mot Storbritannia (1989 07 07)

Delkonklusjon

Selv om Grunnloven § 92 kan tenkes å innebære noe nytt i forhold til forgjengeren i § 110 c., er den som sin forgjenger i første rekke en deklarativ bestemmelse, jf. definisjonen av denne.¹²¹ Det er en bestemmelse som pålegger staten en plikt til å sikre menneskerettighetene som følger av grunnlov og bindende traktater. Den er likevel noe mer enn forgjengeren all den tid § 92 ikke lenger inneholder det som kan ha fungert som en svekkelse av rettighetsvernet i den tidligere § 110 c. annet ledd.

På samme måte som Grl. § 92 er også EMK artikkel 1 et uttrykk for statens plikt til å respektere og sikre borgernes grunnleggende rettigheter. Det antas at domstolene vil trekke veksler på EMDs praksis når de skal tolke og avgrense det nærmere innholdet i Grl. § 92. Det er derfor grunn til å tro at vernet etter Grl. § 92 ikke er annerledes enn vernet etter EMK. Dette vernet har imidlertid nå fått den ekstra sikkerheten som følger av Grunnlovens posisjon i vårt rettssystem.

Dette underkapittelet har behandlet spørsmålet om hvorvidt bindende traktatforpliktelser har fått grunnlovs rang gjennom bl.a. vedtakelsen av Grunnloven § 92, og konkludert med at så ikke er tilfelle. Dette er på mange måter en sentral forutsetning for den videre fremstillingen i denne oppgaven. Dersom svaret på spørsmålet var blitt ja, ville det vært unødvendig å se på mange av de nye enkeltbestemmelsene i rettighetskapittelet. Rettighetene ville da allerede hatt grunnlovs rang etter Grl. § 92. Så godt som hele rettighetskapittelet ville da vært et visittkort all den tid enkeltbestemmelsene ikke hadde annet formål enn å gjengi allerede gjeldende rettigheter av grunnlovs rang. Oppgaven bygger derfor videre på forutsetningen om at bindende traktatforpliktelser ikke har grunnlovs rang.

4.2.3 Grunnloven § 93 - Rett til liv

Innledning

Rett til liv må kunne sies å være den mest grunnleggende menneskerettigheten. Retten til liv innebærer en plikt for statens myndigheter til å respektere den enkeltes rett til liv, og til å beskytte den enkelte mot at andre tar deres liv.¹²² Bestemmelsen er ny i Grunnloven og spørsmå-

¹²¹ Av lat. *declarare* som betyr erklære eller belyse. Brukes om bestemmelser som angir plikter uten motsvarende rettigheter.

¹²² Dokument 16 (2011-2012) s. 102

let er om grunnlovsfesting av retten til liv gir bedre vern enn det som følger av lov og traktatforpliktelser.

Gjeldende rett

Forslag om å grunnlovsfeste rett til liv og forbud mot dødsstraff vil, i følge Menneskerettighetsutvalget, ikke endre dagens rettstilstand, men følger allerede av menneskerettslovens inkorporering av EMK og SP med tilleggsprotokoller.¹²³

Etter SP er dødsstraff ikke utelukket, bare begrenset. For EMK er all bruk av dødsstraff nylig blitt forbudt. Dette er ratifisert av Norge i 2003, og inkorporert i menneskerettsloven i 2009.¹²⁴ EMK artikkel 2 lister i tillegg opp tilfeller hvor det at noen fratas livet, ikke er å anse som konvensjonsbrudd.

Etter EMK artikkel 2 pålegges staten blant annet å vedta en lov som beskytter retten til liv. Videre innebærer den et forbud mot at noen forsettlig frarøves livet. EMD oppsummerte i 2004 sin praksis knyttet til artikkel 2 ved å bemerke at hovedpoenget i alle saker for Domstolen om retten til liv har vært statens plikt til å beskytte livet.¹²⁵

EMD bemerker i saken *Osman mot Storbritannia*¹²⁶ at artikkelen også innebærer en plikt for statens myndigheter til å iverksette tiltak for å beskytte livet til personer som befinner seg innenfor dens myndighetsområde. Det er videre uomstridt at statens plikt i denne forbindelse strekker seg lenger enn plikten til å sikre livet gjennom en effektiv og avskrekkende straffelovgivning. Plikten som påhviler myndighetene vil under visse konkrete omstendigheter innebære at den setter i verk nødvendige tiltak for å beskytte en person som er utsatt for en livsfare, mot at en annen person begår kriminelle handlinger.¹²⁷

Det er særlig gjennom straffeloven og straffeprosessloven at denne retten beskyttes etter intern rett. Straffeloven har bestemmelser om straff for trusler, og domstolene kan blant annet ilegge besøksforbud for å beskytte borgerne. Den relativt høye strafferammen for drap i Norge viser hvilken verdi livet anses å ha i vårt samfunn. Videre finnes en rekke lover innenfor

¹²³ Dokument 16 (2011-2012) s. 105

¹²⁴ Dokument 16 (2011-2012) s. 103

¹²⁵ Bertelsen s. 50

¹²⁶ *Osman mot Storbritannia* (1998 10 28)

¹²⁷ Bertelsen s. 50

helse- og sosialsektoren som beskytter samfunnet mot personer som kan utgjøre en fare for seg selv og andre.

Gir § 93 noe nytt eller mer?

Dødsstraff ble for ganske lenge siden forbudt i Norge. Det er enda lenger siden dødsstraff ble idømt siste gang. Spørsmålet knyttet til ny § 93 er ikke hvordan norske lovgivere og domstoler vil forholde seg til dødsstraff, jf. første ledd annet punktum, eller til slaveri og tvangsarbeid, jf. § 93 tredje ledd. Det er ingen grunn til å anta at lovgiver vil føle at det rettslige båndet som grunnlovsfesting av forbudet mot dødsstraff innebærer, vil oppleves tungt og begrensende. Heller ikke forbudet mot slaveri og tvangsarbeid vil by på problemer. Spørsmålet om hvorvidt turnustjeneste rammes av dette forbudet er for lengst avklart av Høyesterett.¹²⁸ Disse bestemmelsene innebærer med andre ord ikke noe nytt.

Forbudet mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, etter annet ledd, vil derimot kunne få betydning. Norge har ved flere anledninger blitt kritisert for omfattende bruk av glattcelle og varetektsfengsling fordi denne bruken kan innebære tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Interessante problemstillinger kan oppstå i forbindelse med denne bestemmelsen. Selv om denne bestemmelsen er helt ny i Grunnloven og kanskje nettopp derfor, er det grunn til å tro at den vil bli tolket på samme måte som forbildet i EMK artikkel 3. Det betyr at bestemmelsen neppe vil gi noe nytt eller mer enn det som følger av gjeldende rett. Problemstillingen vil derfor ikke bli behandlet videre i denne oppgaven.

Denne oppgaven vil særlig ta for seg retten til liv i paragrafens første ledd, første punktum; *Ethvert menneske har rett til liv*. Det vil kunne oppstå stadig nye problemstillinger knyttet til dette innholdet, særlig sett i lys av bestemmelsens siste ledd; *Statens myndigheter skal beskytte retten til liv*. Denne oppgaven vil behandle to temaer under overskriften *rett til liv*. Det er abortspørsmålet og spørsmål knyttet til nødvendig helsehjelp for alvorlig syke.

Grunnloven § 93 er som de fleste av de nye bestemmelsene i Grunnloven, bygget opp med en uttalt rettighet i første ledd og en plikt for staten til å beskytte denne rettigheten i siste ledd. Flere av de rettighetene og frihetene som følger av menneskerettighetskonvensjonene, skal leses med forbehold om at statens myndigheter under visse vilkår kan gjøre inngrep i rettighe-

¹²⁸ Rt. 1961 s. 1350 (om påstått tvangsarbeid ved beordring av tannleger til tjeneste i Nord Norge)

ten.¹²⁹ Statens myndigheter kan således begrense rettighetens rekkevidde. Hverken retten til liv eller forbudet mot dødsstraff er derfor ikke nødvendigvis helt absolutte.

4.2.3.1 Abortspørsmålet

Flertallet blant lovgiverne mener at grunnlovsfesting av retten til liv, ikke skal få betydning for abortspørsmålet.¹³⁰ Selvbestemt abort skal fortsatt være en oppgave for de folkevalgte å ta stilling til, og heller ikke Grl. § 93 er ment å endre dagens rettstilstand. Det denne oppgaven skal forsøke å finne ut er om § 93 likevel kan gi noe nytt eller noe mer enn det som gjelder etter lov og traktatforpliktelser.

Selv om Lønning-utvalget uttrykker at det er enighet om at livet er en grunnleggende verdi som må vernes om og beskyttes, er det politisk uenighet om når denne retten inntreffer.¹³¹ Når det gjelder spørsmålet om retten til liv, som er en ny bestemmelse i Grunnloven med opphav i blant annet EMK, er det naturlig å se hen til EMD og hvordan den har besvart spørsmålet om når retten til liv inntreffer.

I saken *Vo vs. Frankrike*¹³² var spørsmålet om retten til liv inntreffer ved fødsel eller tidligere. EMD avsto fra å besvare spørsmålet om det ufødte barn er en *person* etter EMK artikkel 2, men overlot til de ulike statene å bestemme når retten til liv inntreffer. Dette kan ha betydning for anvendelsen av en grunnlovsfestet rett til liv når den støter an mot abortbestemmelser som følger av ordinær lov. Selvbestemt abort er i følge EMD ikke en krenkelse av EMKs bestemmelse om rett til liv og overlater klokkelig dette spørsmålet til nasjonale myndigheter som innvilges en vid skjønnsmargin.

At dagens abortlov går klar av menneskerettighetskonvensjoner vi er forpliktet av, følger av rettspraksis. Det er foretatt en særlig avklaring i forhold til EMK artikkel 2 som verner retten til liv. Saken inntatt i Rt. 1983 s. 1004 (Børre Knudsen) gjaldt avskjedigelse av en sogneprest i Den norske kirke. Sognepresten hadde nedlagt den statlige delen av sitt embete som protest mot adgangen til selvbestemt abort som følger av lov 13. juni 1975 etter lovendring 16. juni 1978. Etter denne lovendringen kunne kvinnen selv ta den endelige avgjørelse om svangerskapsavbrudd såfremt inngrepet kunne skje før utgangen av tolvte svangerskapsuke.

¹²⁹ Høstmølingen s. 127

¹³⁰ Innst.182 S (2013-2014) s. 6

¹³¹ Dokument 16 (2011-2012) s. 105

¹³² Vo mot Frankrike (2004 07 08)

Børre Knudsen gjør gjeldende at loven betyr oppgivelse av ethvert rettsvern for det gryende menneskeliv, og at dette innebærer en total avskrivelse av fosterets menneskeverd. Han anfører at loven er i strid med kristne grunnverdier, Grunnloven §§ 2 og 4, med uskrevne forfatningsrettslige prinsipper og med folkerettslige regler til vern om menneskerettighetene.

Selv om det etter førstvoterendes syn ikke er nødvendig for å avgjøre spørsmålet om avskjedigelse, ser retten det som lite tilfredsstillende å forbigå spørsmålet om abortlovens rettsgyldighet. Deretter gis først en redegjørelse for abortlovens historiske utvikling og så en kort oversikt over de lovgiverbetragtninger som ligger til grunn for lovendringen av 1978.

Førstvoterende viser til at det i flere steder i forarbeidene gir uttrykk for at et foster har krav på vern, i likhet med annet liv, men at dette vernet ikke er absolutt. Spørsmålet lovgiver tok stilling til var hvordan hensynet til rettsvern for fosteret bør avveies mot andre tungtveiende hensyn. Det allerede eksisterende og bevisste liv må gis et visst fortrinn og hensynet til morens totale livssituasjon må tillegges betydelig vekt.

Om abortlovens forhold til folkerettslige spørsmål, var det særlig bestemmelsen i EMK artikkel 2 som ble antatt å ha betydning for saken. Dette var før menneskerettsloven gjorde EMK til norsk rett, men var like fullt rettslig bindende for staten som en kontraherende part. Førstvoterende uttaler at under en hver omstendighet må det antas at bestemmelsen som følger av EMK artikkel 2 ikke medfører vidtgående begrensninger i lovgivers adgang til å regulere vilkårene for abort. Dette er senere bekreftet av EMD i saken *Evans mot Storbritannia* (2007)¹³³, (pkt.54).

Retten behandler så spørsmålet om alminnelige rettsprinsipper av grunnlovs rang og viser til tidligere praksis som holder muligheten åpen for at en lov må settes til side som stridende mot visse alminnelige rettsprinsipper av grunnlovs karakter, selv om den ikke støter an mot noen positiv grunnlovsbestemmelse. Respekt for menneskelivet, også det ufødte liv, er ett av de rettsprinsipper som kan anses å være overordnet den positive lovgivningen. Førstvoterende anfører at det i prinsippet ikke er vanskelig å tenke seg at en abortlovgivning, kan tenkes å krenke menneskeverdet på en slik måte at den måtte settes til side som stridende mot uskrevne

¹³³ *Evans mot Storbritannia* (2007 04 10)

rettsnormer av grunnlovs kraft.¹³⁴ Som eksempel på dette nevnes abortlovgivning basert på nazistisk raseideologi.

I Børre Knudsen-saken er, i følge retten, den angrepne abortlov ikke utslag av en lovgiverideologi som mangler respekt for menneskelivet. En abortlovgivning må i følge førstvoterende bygge på en avveining mellom hensynet til det ufødte liv og andre vesentlige og beskyttelsesverdige hensyn. Denne avveiningen har, fortsatt i følge førstvoterende, ledet lovgiveren til å åpne adgang til selvbestemt abort i de tilfelle loven beskriver. Denne avveiningen av motstridende interesser er lovgiverens oppgave og ansvar.¹³⁵

I 1992 behandlet Domstolen en sak mot Norge¹³⁶. EMD gir uttrykk for at det ikke kan utelukkes at et menneskefoster har en viss beskyttelse under artikkel 2 under spesielle omstendigheter og uten hensyn til den betydelige meningsforskjell i de ulike konvensjonsstatene om, og i tilfelle i hvilken grad, artikkel 2 beskytter det ufødte liv.¹³⁷ Dette synes å være i tråd med førstvoterendes obiter dictum i Børre Knudsen-dommen fra 1983.

Det er derfor på det rene at både etter EMK og alminnelige rettsprinsipper av grunnlovs rang, har et menneskefoster en viss beskyttelse. Allerede forarbeidene til abortloven uttrykker at et foster har krav på vern i likhet med annet liv, men at vernet ikke er absolutt.

Imidlertid var det stor uenighet både i Lønning-utvalget og blant politikerne om når retten til liv inntreffer. Det ble fremmet ulike forslag til ny § 93, hvor to av forslagene innebar en beskyttelse alt fra fosterstadiet.¹³⁸ Disse forslagene fikk ikke det nødvendige flertall i Stortinget. Det vil imidlertid være svært dristig og sannsynligvis feil, å legge til grunn at retten til liv etter Grunnloven § 93 gjelder først fra fødsel.

Et av disse forslagene var Grunnlovsforslag 16 (2011-2012) fremmet av Bekkevold, Hjemdal og Håbrekke. Forslaget går lenger i vernet enn det som ble vedtatt. Deres forslag innebærer en beskyttelse fra unnfangelse til naturlig død. Det står på side 70 i forslaget:

¹³⁴ Rt. 1983 s. 1004 side 1018

¹³⁵ Rt. 1983 s. 1004 side 1018

¹³⁶ H. mot Norge (besl.) (1992 05 19)

¹³⁷ Bertelsen s. 52

¹³⁸ Dokument 12 (2011-2012) Grunnlovsforslag 16. fra Geir Jørgen Bekkevold, Line Henriette Hjemdal og Øyvind Håbrekke om ny § 93 eller ny § 95 a (vern av liv fra unnfangelse til død), og Grunnlovsforslag 32. fra Per-Kristian Foss, Anders Anundsen og Per Olaf Lundteigen om ny § 93 i Grunnloven (rett til liv og forbud mot dødsstraff, tortur og slaveri)

«Flere problemstillinger reiser seg omkring svangerskapsavbrudd og fosterdiagnostikk. Stadig flere sykdommer og misdannelser kan diagnostiseres allerede på fosterstadiet. Vi står derfor ikke lenger bare overfor spørsmål om svangerskapsavbrudd av hensyn til andre enn fosteret, for eksempel moren, men i økende grad spørsmål om svangerskapsavbrudd som innebærer kvalitative vurderinger av menneskeverdet.»

Forslaget er uttrykk for et menneskesyn om at menneskelivet er ukrenkelig fra begynnelse til slutt og at retten til liv og legemlig integritet må omfatte hele livet fra unnfangelse til død. Forslagsstillernes synspunkt er at unntak fra dette prinsipielle utgangspunktet, bør avklares gjennom lovgivning på de enkelte felter.

Det er derfor bemerkelsesverdig at kontroll- og konstitusjonskomiteen ikke foretok en nærmere drøftelse av de utfordringer, og de etiske spørsmålene som med sikkerhet kommer til å dukke opp som en konsekvens av blant annet fosterdiagnostikk og bioteknologi. At forarbeidene ikke diskuterer de dilemmaene som helt sikkert vil kunne oppstå, kan få betydning for fremtidig tolkning.

Et annet etisk dilemma for samfunnet, og ikke minst for de legene som er involvert, er at det i dag settes inn store ressurser for å redde for tidlig fødte, samtidig som det i naborommet foretas et abortinngrep. Et nytt dilemma har oppstått fordi stadig yngre fostre klarer seg. Det er i tillegg grunn til å anta at utviklingen ikke vil stoppe opp. Det forventes at legene gjør alt for å redde friske for tidlig fødte, og grensene for overlevelse flyttes hele tiden. Siden tusenårsskiftet har det kommet ny innsikt og ny optimisme på dette området.¹³⁹ Dette kan få betydning for tolkningen av når retten til liv inntre.

Som det fremgår ovenfor, kan det utledes av rettspraksis selv fra før vedtakelsen av § 93, at også et foster har rett til liv. Det betyr derfor at retten til liv inntre fra før fødselen. Denne retten er imidlertid ikke absolutt. At en rettighet ikke er absolutt er ikke noe nytt. Det gjelder, som nevnt, også retten til liv. Retten til liv er imidlertid den mest grunnleggende av alle rettigheter. Den er derfor meget motstandsdyktig mot inngrep og domstolenes prøving vil være tilsvarende sterk.

Felles for mange av rettighetene som oppstilles i menneskerettighetskonvensjonene, tolkes med forbehold om at statens myndigheter under visse vilkår kan gjøre inngrep i dem. Dersom

¹³⁹ O.D. Saugstad, *Tidsskrift for Den norske legeforening* Nr. 1 – 14. januar 2010

inngrepet skal være akseptabelt, må det ha hjemmel i lov. Lov om selvbestemt abort hjemler inngrep i denne retten. I tillegg må inngrepet søke å oppnå lovens formål, og det må være nødvendig i et demokratisk samfunn.

Selvbestemt abort har hjemmel i lov. Formålet med loven er å gi kvinnen frihet til å velge og til å råde over egen kropp. Hvorvidt dette er nødvendig i dagens samfunn, tas det ikke stilling til her. Derimot kan det spørres om den teknologiske utviklingen kan komme til å berøre både spørsmålet om formålet med loven, og om den er nødvendig i et demokratisk samfunn som Norge. Også norske velferdsordninger kan komme til å spille en rolle for dette spørsmålet.

Lov om selvbestemt abort kan synes å stride mot den grunnlovsfestede retten til liv som følger av § 93, og fordi Grunnloven er positiv rett skal domstolen legge den til grunn når det er nødvendig for å avgjøre en sak. Anvendelse av en lov med grunnlovsstridig innhold trenger derfor en forklaring. Dersom det foreligger rettsstrid mellom abortloven og Grunnloven, hvilken forklaring kan i så fall gis?

Det ene er selvfølgelig at retten til liv ikke gjelder for et foster, men at retten gjelder fra fødselen av. Ikke fra unnfangelse. Dersom uttalelser fra tidligere rettspraksis tillegges vekt, noe som er det vanlige, kan det antas at retten til liv også gjelder et foster. Da trenger inngrepet en forklaring.

Av forarbeidene til abortloven skal hensynet til det allerede eksisterende og bevisste liv gis et visst fortrinn, og hensynet til morens livssituasjon skal tillegges vesentlig vekt. Hensynet til fosteret blir tilsvarende svakt. Dette kan komme til å endre seg. På grunn av den medisinske og teknologiske utviklingen vil spørsmål om svangerskapsavbrudd stadig oftere kunne innebære kvalitative vurderinger av fosteret. Ikke slik som formålet med loven har vært, nemlig å tillate svangerskapsavbrudd av hensyn til moren selv.

Det har vært en voldsom økning i bruk av ultralyd og fosterdiagnostikk, og en hører om tilfeller der gravide kvinner har reist utenlands for å undersøke hvilket kjønn fosteret har så tidlig at de kan rekke å foreta abortinngrep innen utgangen av tolvte svangerskapsuke. Det er også kvinner som reiser utenlands for å få tatt fostervannsprøve, fordi de ikke er «gamle nok» til å få gjennomført denne prøven i Norge. Dette er en prøve som kan avdekke blant annet Downs syndrom hos fosteret.

Det er politisk uenighet om selvbestemt abort i Norge. Partiene SV og Rødt ønsker å utvide retten til selvbestemt abort utover grensen ved tolvte svangerskapsuke, helt opp mot 18. svangerskapsuke. Da nærmer vi oss det som for tiden er nedre grense for behandling og over-

levelse etter fosterets svangerskapsalder. På den andre siden ønsker KrF å stramme inn retten til selvbestemt abort av hensyn til retten til liv som en grunnleggende menneskerett og for å styrke rettsvernet for det ufødte liv. Sentrale politikere i Høyre har ønsket å fjerne eugenisk indikasjon som selvstendig abortkriterium, og mener det bør stilles et tilleggskriterium, som for eksempel mors omsorgssituasjon. Høyres Bent Høie har tidligere stilt det retoriske spørsmålet om det er politikken eller teknologien som skal bestemme.

Dette viser at det, blant de politiske partiene på Stortinget, er ulikt syn på om det er hensynet til kvinnen eller det ufødte fosteret som skal tillegges mest vekt. En grunnlovsfestet rett til liv vil kunne sette en skranke for lovgiver, dersom det skulle bli flertall for å øke grensen betydelig for hvor langt ut i svangerskapet abortinngrep kan tillates og eventuelle endringer i kriteriene for senabort. Med de til dels gode hjelpeordningene i velferdsretten, både for mødre i en krevende omsorgssituasjon og for foreldre som får et barn med nedsatt funksjonsevne, vil det også kunne stilles strengere krav til nødvendigheten av abortinngrepet for å godta inngrep i retten til liv etter Grunnloven § 93.

I Børre Knudsen-dommen anføres at det i prinsippet ikke er vanskelig å tenke seg at en abortlovgivning kan tenkes å krenke menneskeverdet på en slik måte at den måtte settes til side som stridende mot uskrevne rettsnormer av grunnlovs kraft.¹⁴⁰ Av dette utsagnet er det derfor grunn til å anta at domstolene allerede før grunnlovsrevisjonen våren 2014 kunne ha kommet til å sette fremtidig abortbestemmelser til side fordi de krenket menneskeverdet på en måte som strider mot uskrevne rettsnormer av grunnlovs kraft dersom spørsmålet ble satt på spissen. En abortlov som åpner for en sortering etter blant annet kjønn, ville fort kunne innebære en krenkelse av det ufødte liv. Det er derfor ikke usannsynlig at domstolene i fremtiden skulle komme til å sette abortbestemmelser til side som følge av at de strider mot en grunnlovsfestet rett til liv, dersom inngrepet i denne retten ikke har et legitimt formål.

4.2.3.2 Rett til nødvendig helsehjelp for alvorlig syke

Grunnlovsforslag nr. 31 foreslo å grunnlovsfeste rett til tilfredsstillende levestandard og helse i ny § 111. Forslaget fikk ikke det nødvendige flertall og ble ikke vedtatt. Likevel kan spørsmålet bli aktualisert bl.a. for alvorlig syke pasienter i forhold til Grl. § 93.

¹⁴⁰ Rt. 1983 s. 1004 side 1018

Det er en rivende utvikling også på dette området. Legevitenskapen utvikler kontinuerlig nye medisiner og behandlingstilbud. Kostnadene ved å benytte disse er ekstremt høye. Dette setter et press på bevilgende myndigheter. Alle vil ha den beste behandlingen som er å få. Det blir sterke reaksjoner og store oppslag i media, når noen nektes et behandlingstilbud som gis kun til noen, eller som benyttes i andre land.

Spørsmål kan oppstå om hvorvidt avslag på behandling og dyre medisiner vil være en krenkelse av retten til liv og statens myndigheters plikt til å beskytte denne, og således et inngrep i en grunnlovsfestet rettighet. Hvor motstandsdyktig for inngrep bestemmelsen vil være, må avklares etter nærmere tolkning. Hvorvidt nødvendig helsehjelp for alvorlig syke, ligger i kjernen av den deklorative bestemmelsen som § 93 fjerde ledd er, vil være avgjørende. Spørsmålene som aktualiseres kan bli mange.

Retten til liv er, som tidligere anført, ikke absolutt. Det kan gjøres inngrep i rettigheten, men inngrepet må være nødvendig. Vil eksempelvis økonomiske hensyn være akseptert som nødvendig for å begrunne inngrep? Svaret vil selvfølgelig avhenge av statens samlede inntekter og utgifter. Så dyre som enkelte medisiner og behandlingstilbud er, vil det nok være slik at økonomi kan være en akseptert begrunnelse i enkeltsaker. Det sier seg selv at det må settes en grense et sted. Men hvem skal bestemme?

Selv i velferdsstaten Norge må det foretas prioriteringer når behandling tilbys. Eksempel på dette er tilfeller der kreftmedisin gis til en ung mor slik at hun kan leve lenge nok til å se sitt barn begynne på skolen, mens en annen pasient med samme diagnosen får avslag på søknad om den samme behandlingen.

En kost-nytte vurdering ut fra en kvantitativ vurdering som et bestemt antall ekstra leveår, eller måneder, er en objektiv vurdering som ikke innebærer noen form for forskjellsbehandling. Vurdering ut fra andre kriterier, slik som eksempelet ovenfor med en ung småbarnsmor, er en kvalitativ vurdering som gir uttrykk for at den unge morens liv er mer verdt enn en annen kvinnes liv, at en barnløs kvinnes liv er mindre verdt.

Det er vanskelig å se at en slik forvaltningspraksis harmonerer med Grunnloven § 98 annet ledd om at intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling. Riktig nok kan bestemmelsen i § 98 annet ledd synes å være en deklarasjon, mer enn en rettighet, men etter den systematiske tolkningstradisjon vi har, skal en bestemmelse forstås i lys av en annen av samme rang og bestemmelsen forsterkes derfor av første ledd som uttrykker en rett til likebehandling.

Dersom det til slutt er domstolene som må avgjøre om forskjellsbehandlingen i nevnte tilfelle, er usaklig eller uforholdsmessig, hvilke hensyn vil de i så fall legge vekt på?

Samfunnets økonomiske bæreevne vil sannsynligvis komme til å spille inn ved vurderingen av spørsmålet, jf. blant annet Rt. 1996 s. 1415 (Borthen). Med de ressursene som er tilgjengelige i det norske samfunnet i våre dager, skal det nok noe til for å avslå søknad om nødvendig behandling av alvorlig syke pasienter. Hensynet til statsfinansene som vil variere fra tid til tid, vil være et av flere viktige hensyn ved avveiningen.

Når det gjelder retten til spesialundervisning etter opplæringsloven, er ikke mangel på økonomiske ressurser i den aktuelle kommune akseptert som begrunnelse for ikke å tildele den hjelpen eleven har krav på. Tilsvarende kan det tenkes at et tomt sykehusbudsjett ikke er en legitim begrunnelse for et avslag. Særlig ut i fra hvilken rettighet det her dreier seg om. Retten til liv burde stå i en helt annen og sterkere stilling enn retten til spesialundervisning.

4.2.3.3 Delkonklusjon

Grunnloven § 93 reiser en rekke spørsmål. Grunnloven § 93 er oppbygd på sedvanlig vis, med en rettighet i første ledd og en plikt for staten til å sikre denne retten i siste ledd. Deklarasjonen i siste ledd kan tenkes å åpne for mange problemstillinger som det kan bli opp til domstolene å ta stilling til.

Kanskje overskuet ikke Stortinget konsekvensene av denne bestemmelsen ved vedtakelsen, eller de folkevalgte tok for gitt at domstolene vil tolke bestemmelsen slik Stortinget ønsker for å unngå konflikt. Å finne lovgivers vilje i relasjon til denne bestemmelsen, kan imidlertid by på utfordringer all den tid forarbeidene er svært knappe og mange av de dilemmaene som kan oppstå, ikke ble diskutert. Dessuten vil det være vanskelig å avgjøre hvilken forståelse av bestemmelsen som vil være i tråd med et kvalifisert stortingsflertall. Som en alternativ formulering til bestemmelsen i Grl. § 93 kunne de folkevalgte ha formulert bestemmelsen som et «forbud mot dødsstraff», hvis det egentlig var det de mente, og nøyd seg med det.

Denne oppgaven har spesielt vurdert abortspørsmålet og spørsmålet knyttet til nødvendig helshjelp for alvorlig syke i relasjon til Grunnloven § 93. Dette vil være spørsmål knyttet til den mest grunnleggende rettigheten av dem alle.

Selv om det som følge av den medisinske og teknologiske utviklingen kan tenkes å oppstå spørsmål knyttet til det ufødte liv, vil det kanskje først og fremst være i spørsmål om nødvendig helsehjelp for alvorlig syke pasienter, at bestemmelsen i Grunnloven § 93 første og fjerde ledd, særlig sett i lys av § 98¹⁴¹, kan komme til å bety noe nytt eller noe mer enn det som følger av lov og traktatforpliktelser. Disse bestemmelsene kan åpne for en rettsliggjøring som Stortinget kanskje ikke overskuet konsekvensene av, og kan ha flyttet avgjørelsen av viktige og vanskelige spørsmål fra politikerne til dommerne.

4.2.4 Sivile og politiske rettigheter

Mange vil kanskje hevde at sivile og politiske rettigheter er de mest sentrale for borgerne og for deres forhold til statens myndigheter. Helt fra begynnelsen har vår grunnlov inneholdt slike rettigheter. Eksempler på dette er forbudene mot vilkårlig fengsling, retroaktiv lovgivning og «*pinligt forhør*», samt retten til frimodige ytringer om blant annet statsstyrelsen. Det er ingen tvil om at disse bestemmelsene hele tiden har vært uttrykk for subjektive rettigheter. Dette er også en av grunnene til at grunnloven så tidlig fikk status som positiv rett.¹⁴²

Grunnloven har i tiden fra 1814 og frem til i dag, fått en rekke tillegg som sammen med de rettighetene som følger av ordinær lov, gir et omfattende rettighetsvern for norske borgere. Dette gjelder også for de sivile og politiske rettighetene. Spørsmålet er hva som kan oppnås ved grunnlovsfesting av rettigheter som i dag følger av blant annet Lov 22 mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) og Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) og EMK.

Gir de nye bestemmelsen som følger av §§ 94, 95, og 96 noe nytt eller mer enn det som følger av ordinær lov, eller av EMK artikkel 5, 6 og 7, utover den mer krevende endringsprosessen som følger av Grunnloven selv? Eller gir de noe mer enn det som fulgte av grunnloven før mai 2014? Dette er problemstillingen for kapitlene 4.2.4.1 – 4.2.4.3. Tema for kapittel 4.2.4.4. er de nye bestemmelsene i §§ 102 og 104, som behandles samlet. Problemstillingen er den samme; gir de nye grunnlovsbestemmelsene noe nytt, eller noe mer enn det som fra før følger av lov og bindende traktatforpliktelser?

¹⁴¹ «Alle er like for loven.

Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.»

¹⁴² Smith 2013 s. 351

4.2.4.1 Grunnloven § 94 - Forbud mot vilkårlig frihetsberøvelse

Innledning

Forbudet mot vilkårlig frihetsberøvelse er en grunnstein i en hver rettsstat. Det tas således for gitt at bestemmelsen i Grunnloven § 94 er uttrykk for subjektive rettigheter. Ordlyden er dessuten helt klar på at bestemmelsen gjelder for alle og at *ingen* skal fengsles eller berøves friheten uten i lovbestemte tilfeller, og på den måten loven forskriver. Frihetsberøvelsen må i tillegg være *nødvendig* og ikke utgjøre et *uforholdsmessig* inngrep. Spørsmålet for dette underkapittelet er å drøfte hvorvidt § 94 gir noe nytt eller noe mer enn forgjengeren i Grl. § 99, eller i forhold til det som følger av formell lov og traktatforpliktelser.

Gjeldende rett

Straffeprosessen omfatter reglene for hvordan straffbare handlinger skal etterforskes og hvordan saker om straff skal behandles. Hovedformålet er å sørge for at skyldige får den rette straff, og samtidig unngå at uskyldige blir dømt. Om hovedformålet med EMK artikkel 5 har EMD uttrykt i saken *McKay mot Storbritannia* (punkt 30)¹⁴³ at “Its key purpose is to prevent arbitrary or unjustified deprivations of liberty.”

EMK artikkel 5 første ledd beskytter borgernes rett til frihet og sikkerhet. Resten av bestemmelsen regulerer vilkårene for lovlig frihetsberøvelse og saksbehandlingskravene for å kunne gjøre inngrep i retten til personlig frihet og sikkerhet. Dette er innarbeidet i norsk lov gjennom menneskerettsloven.

Nye Grl. § 94 erstatter den tidligere Grl. § 99 som uttrykker at ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver. Bestemmelsen er uttrykk for den grunnleggende retten til frihet som enhver innehar. Retten er imidlertid ikke absolutt. Grl. § 94 består også av en inngrepshjemmel som åpner for inngrep, men kun i lovbestemte tilfeller. Annet ledd presiserer at frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep. Denne tilføyelsen er ny og fantes ikke i den tidligere § 99.

Hjemmelskravet er et sentralt element i rettssikkerhetsbegrepet. En inngrepshjemmel, slik som nevnt ovenfor, danner rammen for hva som er et lovlig inngrep, og dermed hva som ut-

¹⁴³ McKay mot Storbritannia (2006 10 03)

gjør overgrep og vilkårlighet. Lønning-utvalget viser til at uttrykkene «nødvendig» og «ikke uforholdsmessig» i annet ledd, skal gi en nærmere presisering av uttrykket «vilkaerlig».¹⁴⁴

Nødvendighetsvilkåret eller -prinsippet, innebærer for det første at man ikke skal åpne for større inngrep enn det som er nødvendig ut i fra de legitime formålene med frihetsberøvelsen. Prinsippet tilsier videre at et tvangsmiddel bare kan anvendes dersom mindre inngripende tvangsmidler ikke kan antas å føre til ønsket resultat.

På den andre siden er også forholdsmessighetsprinsippet en del av det materielle rettssikkerhetsbegrepet, og innebærer et overordnet vilkaer for bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler. Som rettssikkerhetsgaranti har prinsippet størst betydning ved at det stiller krav til bruken av tvangsmidler i de enkelte tilfeller. At tvangsmidler ikke må brukes på en måte som innebærer et uforholdsmessig inngrep er lovfestet i den generelle bestemmelsen i straffeprosessloven § 170 a. Dette gjelder uavhengig av om det er domstolen, politiet eller påtalemyndigheten som treffer beslutningen.

Forholdsmessighetsprinsippet har både betydning for spørsmålet om tvangsmidler kan brukes, og for spørsmålet om hvor lenge et tvangsmiddel skal brukes. Prinsippet er en minimumsregel. Ved enkelte tvangsmidler er det lovfestet et skjerpet forholdsmessighetsprinsipp, slik for eksempel straffeprosessloven 200 a. om hemmelig ransaking.

Gir § 94 noe nytt eller mer?

Etter dette kan det virke som om den nye § 94 gir noe mer enn straffeprosessloven ved at forholdsmessighetsprinsippet som etter intern rett før bare var hjemlet i ordinær lov, nå har grunnlovs trinnhøyde med den beskyttelsen som følger av det.

Også EMK har et slikt forholdsmessighetsprinsipp, jf. *Bouamar mot Belgia*¹⁴⁵. Frihetsberøvelsen må i følge denne dommen være egnet til å fremme det formål som er påberopt som grunnlag for frihetsberøvelsen.¹⁴⁶ Det er også et krav om at frihetsberøvelsen må være nød-

¹⁴⁴ Dokument 16 (2011-2012) s. 116

¹⁴⁵ Bouamar mot Belgia (1988 02 29)

¹⁴⁶ Bertelsen s. 108

vendig for å ivareta formålet med inngrepet, jf. *Enhorn mot Sverige*.¹⁴⁷ Det vil si at formålet ikke kan oppnås med andre virkemidler.¹⁴⁸

Lønning-utvalget la imidlertid vekt på at beskyttelsen også skulle gjelde ved annen form for frihetsberøvelse,¹⁴⁹ derav ordlyden *berøves friheten på annen måte*, som blant annet tvangsinnleggelse etter lov om psykisk helsevern og barnevernsloven. All form for frihetsberøvelse skal underlegges de samme vurderingene om nødvendighet og forholdsmessighet.

Noe helt nytt vil dette likevel ikke tilføre, all den tid prinsippet også er utledet gjennom praksis fra EMD. EMD uttaler bl.a. følgende i saken *Gillow vs. Storbritannia*:

*“The notion of necessity implies a pressing social need; in particular, the measure employed must be proportional to the legitimate aim pursued. In addition, the scope of the margin of appreciation enjoyed by the national authority will depend not only on the nature of the aim of the restriction but also the nature of the right involved.”*¹⁵⁰

I saken *H.L. mot Storbritannia* som gjaldt en tvangsinnlagt pasient i en psykiatrisk institusjon, baserte EMD sin konklusjon på at det var tale om ulike tiltak som utgjorde en omfattende begrensning av den personlige frihet, og at dette var å anse som frihetsberøvelse.¹⁵¹ Beskyttelse for annen form for frihetsberøvelse følger således allerede av EMK.

Det er sikker rett at dersom konvensjonene gir bedre vern enn Grunnloven, er det det beste vernet som gjelder, med mindre lovgiver uttrykkelig har bestemt annet. Vern mot vilkårlig frihetsberøvelse i form av tvangsinnleggelse, følger derfor ikke bare av ordinær lov, men også av EMK.

Dølkonklusjon

Grunnloven § 94 gir derfor ikke så mye nytt i forhold til det som følger av ordinær lov og internasjonale traktatforpliktelser på strafferettens område. Den gir imidlertid uttrykk for subjektive rettigheter, og er ikke bare en deklarativ bestemmelse. Denne bestemmelsen har ikke endret rettstilstanden fra tiden før mai 2014, men har gitt det fra før gjeldende vernet grunn-

¹⁴⁷ *Enhorn mot Sverige* (2005 01 25) (pkt. 42)

¹⁴⁸ Bertelsen s. 108

¹⁴⁹ Dokument 16 (2011-2012) s 116

¹⁵⁰ *Gillow v. Storbritannia* 24. november 1986 saksnummer 9063/80 avsnitt 55

¹⁵¹ Bertelsen s. 100

lovs rang. Et grunnlovsfestet forholdsmessighetsprinsipp kan imidlertid tenkes å få betydning for domstolenes kontroll med straffelovgivningen, for eksempel lovbestemte strafferammer. Dersom lovgiver skulle komme til å øke strafferammen betydelig, og på en måte som ikke kan synes å være hverken nødvendig eller forholdsmessig, kan domstolene komme til å sette lovbestemmelsen til side.

4.2.4.2 Grunnloven § 95 - Krav om rettferdig rettergang

Innledning

En annen viktig rettssikkerhetsgaranti er retten til en rettferdig rettergang. Dette står helt sentralt i oppbyggingen og ivaretagelsen av rettsstaten. På strafferettens område vil lovskravet etter Grl. § 96 ha liten verdi dersom tiltalte ikke får en rettferdig rettergang.

Grunnloven § 95 er formulert som en rettighet for den enkelte i første ledd første punktum,¹⁵² og som et generelt prinsipp i andre punktum.¹⁵³ Annet ledd¹⁵⁴ er utformet som en plikt for staten til å sikre domstolenes og dommernes uavhengighet og upartiskhet. Ordlyden i seg selv kan tas til inntekt for at bestemmelsen i annet ledd er en deklarativ bestemmelse. Det er vanskelig å lese inn en subjektiv rettighet for den private i denne.

På den andre siden må en uten videre kunne slå fast at bestemmelsen i første ledd er mer enn en proklamasjon. Spørsmålet er snarere om den gir noe nytt eller noe mer enn det som ellers følger av ordinær lovgivning og konvensjonsforpliktelser.

Gjeldende rett

Før grunnlovsrevisjonen i 2014 var det etter gjeldende rett ganske vid adgang til domstolene for å få avgjort sin sak. Det var også begrensninger i denne adgangen, både etter Grl. 88 som gjaldt anke til Høyesterett, og etter tvisteloven § 1-3 (2). Også rettspraksis har bidratt til begrensningen gjennom Høyesteretts standpunkt i Rt. 1995 s. 1113 («Prosessløven»). Denne dommen førte igjen til at tvisteloven § 2-2 som regulerer hvem som har, eller snarere mangler, prosessuell handleevne, fikk et nytt femte ledd om personer som misbruker rettsapparatet. Dersom den nye bestemmelsen i Grunnloven § 95 skal leses som en ubegrenset adgang for

¹⁵² «Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid.»

¹⁵³ «Rettergangen skal være rettferdig og offentlig.»

¹⁵⁴ Statens myndigheter skal sikre domstolenes og dommernes uavhengighet og upartiskhet.»

«enhver» til å få «sin sak» avgjort av en uavhengig og upartisk «domstol», vil dette i så fall være noe nytt.

Rett til å få tvister avgjort av uavhengige domstoler har vært praktisert siden 1814 og er nærmest en selvfølge i vårt rettssystem.¹⁵⁵ Denne retten kommer til uttrykk flere steder i lovgivningen og den er blant annet regulert i EMK artikkel 6 og SP artikkel 14. Lønning-utvalget bemerker at retten til å få sin sak prøvd for en uavhengig domstol kan utledes delvis av Grunnloven §§ 88¹⁵⁶, 90¹⁵⁷, 96 første punktum¹⁵⁸ og 98¹⁵⁹, og at det finnes en rekke bestemmelser i prosesslovgivningen som skal bidra til å sikre en rettferdig rettergang. Eksempel fra prosesslovgivningen er bl.a. tvisteloven § 1-1 nr. 1 som slår fast at domstolene skal være uavhengige og upartiske, at rettergangen skal være rettferdig, og at dette er lovens formål.¹⁶⁰

Selv om retten til å få sin sak prøvd for en uavhengig domstol delvis kunne utledes av Grunnloven, ga den ikke tidligere en generell bestemmelse om denne viktige rettssikkerhetsgarantien. I Verdenserklæringen er retten til rettferdig rettergang på strafferettens område nedfelt i artikkel 11 nr. 1. Den er videre fulgt opp i SP artikkel 14 der den gjelder for både sivile saker og straffesaker.

Norge har reservert seg mot SP artikkel 14 nr. 7 om forbud mot dobbeltstraff, og delvis mot artikkel 14 nr. 5 om retten til anke i straffesaker.¹⁶¹ Problemet knyttet til dobbeltstraff, er i seg selv ikke at Norge ønsker å forbeholde seg retten til å straffe flere ganger, men at begrepet «straff» ikke er helt det samme etter traktatene som etter norsk rett. Lignende bestemmelser som de som følger av SP artikkel 14 følger av EMK artikkel 6. Rett til anke og forbudet mot dobbeltstraff er i EMK regulert i tilleggsprotokoller som begge åpner for unntak. Norge har derfor ikke hatt behov for å reservere seg mot disse.

¹⁵⁵ Smith 2013 s. 457

¹⁵⁶ «Høyesterett dømmer i siste instans. Dog kan innskrenkninger i adgangen til å få Høyesteretts avgjørelse bestemmes ved lov.»

¹⁵⁷ «Høyesteretts dommer kan i intet tilfelle påankes.»

¹⁵⁸ «Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom.»

¹⁵⁹ «Alle er like for loven.»

¹⁶⁰ Lov 17 juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

¹⁶¹ Dokument 16 (2011-2012) s. 119

Gir § 95 noe nytt eller mer?

Etter EMK artikkel 6 har enhver krav på å få sin sak avgjort av et uavhengig og upartisk tribunal i både sivile saker og straffesaker. Grunnloven § 95 har hentet sitt innhold fra denne bestemmelsen, men det er gjort to vesentlige endringer. Det er at «*his civil rights and obligations*» er erstattet med «*sin sak*» og at «*tribunal*» er erstattet av «*domstol*». Det fremgår ikke av Lønnings-utvalgets rapport at det er forskjell på en norsk domstol og tribunal etter Menneskerettskonvensjonen. Tribunal er imidlertid et mye videre begrep og omfatter også domstolslignende organer. Det er ingen ting i forarbeidene som tyder på at Stortinget var klar over dette da forslaget til ny § 95 ble behandlet.

At «*enhver*», «*sin sak*» og «*uavhengig og upartisk domstol*» har en bestemt betydning etter prosesslovene, må man (nesten) være jurist for å forstå. Det at disse begrepene heller ikke er identiske med dem som brukes i Den europeiske menneskerettskonvensjonen, som de har hentet sitt innhold fra, er heller ikke allment kjent, heller ikke blant lovgiverne.

Stortinget understreket at grunnlovsendringene ikke er ment å endre dagens rettstilstand. Anne Robberstad hevder i en kronikk i Aftenposten 6. november 2014,¹⁶² at så lenge dette er tilfelle, må det innebære at rettspraksis ved Den europeiske menneskerettsdomstolen avgjør innholdet for nye bestemmelser som ikke tidligere sto i norsk lov eller i Grunnloven. Dette er en konsekvens av at vi gjennom menneskerettsloven allerede er bundet til denne praksisen, og det er således dette som er gjeldende rett på området.

Konsekvensen av Robberstads syn vil innebære at «*domstol*» i Grunnloven § 95 må forstås på samme måte som «*tribunal*» i Menneskerettskonvensjonens artikkel 6. Tribunal er et mye videre begrep enn «*domstol*» i norsk rett, og dette vil kunne inkludere andre organer. Som eksempler på organer som muligens vil falle inn under begrepet, nevner hun kontrollkomisjonene, fylkesnemndene og Utlendingsnemda.

Domstol eller tribunal?

Dersom «*domstol*» i Grunnloven § 95 blir forstått på samme måte som «*tribunal*» i EMK vil dette i så fall være noe helt nytt i norsk rett. For å finne bestemmelsens rettslige innhold, må den på vanlig måte tolkes.

¹⁶² Robberstad, *Aftenposten* torsdag 6. november 2014 Debatt s. 10-11

I bestemmelsen brukes ordet «domstol». Etter vanlig ordlydsforståelse betyr det etter norsk intern rett blant annet de alminnelige domstolene tingrett, lagmannsrett og Høyesterett, samt jordskifterett og forliksråd. I utgangspunktet skulle «domstol» i Grl. § 95 ikke by på tolkningstil. I norsk statsrett blir imidlertid grunnlovens rettighetsbestemmelser normalt tolket autonomt i forhold til ordinær lov og i forhold til folkeretten. Det betyr at ord og uttrykk i en juridisk tekst skal forstås uavhengig av tilsvarende ord og uttrykk i andre juridiske tekster.¹⁶³ Det kan argumenteres at fordi Grunnloven § 95 har hentet sitt innhold fra EMK, vil det være sistnevnte bestemmelse som er utgangspunktet for tolkningen. En annen måte å se spørsmålet på, er at nettopp fordi Grunnloven skal tolkes autonomt, vil det være slik begrepet ellers er å forstå i Grunnloven som vil være det rette for ordlydsforståelsen i § 95. Det vil ikke være særlig heldig dersom innholdet i ord og begreper i en bestemmelse skulle forstås annerledes enn de samme ord og begreper i en annen bestemmelse i samme lov. Dette er et tungtveiende argument for å tolke «domstol» slik det tradisjonelt er gjort.

En tilsvarende problemstilling ble drøftet av kontroll- og konstitusjonskomiteen under behandlingen av forslaget til ny § 96 tredje ledd. Som tidligere nevnt har begrepet «*straff*» en annen betydning i norsk intern rett enn det som ligger i konvensjonsforpliktelsene. Grunnlovsforslaget innebar at ingen kan straffes mer enn en gang for samme handling, altså et forbud mot dobbeltstraff. Her var kontroll- og konstitusjonskomiteen kjent med den usikkerhet som rår i juridiske fagmiljøer knyttet til tolkning av straffebegrepet slik det var foreslått i nytt tredje ledd, sett i sammenheng med begrepets betydning i første ledd.

Straffebegrepet er i norsk rett tolket annerledes enn det tilsvarende begrepet i EMK artikkel 6 nr. 1 som Lønning-utvalget hadde lagt til grunn for sitt forslag til nytt tredje ledd. Dette grunnlovsforslaget ble utsatt, nettopp fordi forslaget ville innebære at et og samme begrep fikk to forskjellige betydninger i den samme bestemmelsen. Det var, etter komiteens syn, også uheldig å legge opp til at det skal skje to ulike tolkninger av samme begrep. Komiteen besluttet derfor med samtykke fra Stortingets presidentskap å utsette forslaget under grunnlovsrevisjonen i 2014. I begynnelsen av mai 2015 avga kontroll- og konstitusjonskomiteen innstilling i saken der det ble kjent at det ikke var et tilstrekkelig stort flertall for forslaget.

Selv om det kan tyde på at Stortinget ikke var klar over den forskjellen som gjelder for *domstol* og *tribunal* ved behandlingen av forslaget til ny § 95, viser politikernes drøfting av straffebegrepet i § 96 tredje ledd, at Stortinget var svært bevisste og opptatt av, at det ikke skulle

¹⁶³ Smith 2013 s. 377

være to ulike tolkninger av samme begrep i Grunnloven. Ved å trekke veksler på uttalelsene i forarbeidene, riktignok knyttet til en annen bestemmelse, er det grunn til å tro at det ikke er lovgivers mening å legge noe annet i begrepet «domstol» i Grl. § 95 enn det som fremgår andre steder i Grunnloven. Sett i et mer helhetlig perspektiv er det også en naturlig sammenheng mellom bestemmelsene i §§ 94, 95 og 96 som taler for å tolke begrepet «domstol» mest mulig homogent.

Dersom domstolene gjennom tolkning derimot skal komme til å legge noe annet i begrepet «domstol» i § 95 enn det som er gjeldende rett etter prosesslovene, vil Grunnloven § 95 gi noe nytt og noe mer enn før vedtakelsen av bestemmelsen. Da vil muligens organer som kontrollkommisjonene, fylkesnemndene og Utlendingsnemnda falle inn under begrepet.¹⁶⁴

«Sin sak» eller «his civil rights and obligations»?

Også uttrykket «sin sak» har en annen betydning enn opphavet i EMK, som er formulert som «his civil rights and obligations». Det åpner for at det også her kan oppstå usikkerhet om hva begrepet «sin sak» innebærer. Kan dette i ytterste konsekvens bety at enhver har en nesten ubegrenset rett til å få «sin sak» avgjort av en «domstol» i den norske betydningen av ordet? Dette vil i så fall være noe helt nytt. Ikke bare i norsk rett, men også etter EMK.

Etter EMK begrenses rekkevidden av bestemmelsen blant annet av at skattesaker og utlendingssaker faller utenfor. I norsk rett har vi eksemplet om «Prosessløven» der Høyesterett ga uttrykk for at det er mulig å begrense retten for borgerne til å få sin sak avgjort av en domstol.¹⁶⁵

Det overordnede målet med EMK artikkel 6 er å ivareta borgernes rettssikkerhet når en straffesak eller rettstvist skal avgjøres.¹⁶⁶ Av ordlyden går det frem at bestemmelsen kommer til anvendelse når spørsmål om borgerlige rettigheter skal avgjøres, og ved straffesaksbehandling. Innholdet i disse begrepene er fortolket og utviklet av EMD, men praksisen er på visse punkter uklar og uoversiktlig.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Robberstad, Aftenposten 6. november 2014

¹⁶⁵ Rt. 1995 s. 1113

¹⁶⁶ Bertelsen s. 135

¹⁶⁷ Bertelsen s. 135

Det grunnleggende ved en borgerlig rettighet etter EMK er at den avgjørelsen som en klage retter seg mot, må være knyttet til en tvist om en rettighet som er prosedabel etter nasjonal rett. En tvist etter EMK foreligger der et tiltak vil lede til en beslutning knyttet til en persons rettigheter. Tvisten må også være reell og seriøs.

Dette går frem av saken *K.T. mot Norge*¹⁶⁸ der EMD også bemerker at tvisten kan knytte seg ikke bare til spørsmålet om hvorvidt det foreligger en rettighet, men også til rettighetens formål og til hvordan den kan utøves. Videre uttrykkes det at utfallet av rettsforhandlingen må være direkte avgjørende for disse spørsmålene, og til slutt slår domstolen fast at *“the right must be civil in character”*. Det følger videre av denne dommen at det er et ufravikelig krav at en klage må gjelde en rettighet som følger av nasjonal rett. Artikkel 6 kan derfor på ingen måte forstås som en selvstendig hjemmel for at det foreligger en rettighet etter artikkelen i enhver situasjon som etter borgerens egen vurdering berører hans rettigheter. EMD har også satt en grense for sin prøvingsadgang. Denne går der en avgjørelse kan sies å utgjøre en del av den harde kjernen av offentlig myndighetsutøvelse.¹⁶⁹

Utgangspunktet for drøftingen ved grunnlovsrevisjonen for denne bestemmelsen var retten til rettferdig rettergang, men hverken Lønning-utvalget eller kontroll- og konstitusjonskomiteen drøftet forholdet mellom begrepene «*sin sak*» etter norsk rett og «*his civil rights and obligations*» etter EMK. Forarbeidene er derfor til liten hjelp for tolkningen av disse begrepene.

Kontroll og konstitusjonskomiteen viser til Menneskerettsutvalgets begrunnelser for § 95 slik de fremkommer i Dokument 16 (2011-2012).¹⁷⁰ Menneskerettsutvalget sier der at formuleringen slik de foreslår den, får frem på en enkel måte at domstolene skal være uavhengige og upartiske, og at den i tillegg får frem det som av EMK har vært omtalt som «*access to court*». Utvalget presiserer videre at bestemmelsen ikke skal forstås slik at «*enhver kverulant*» gjentatte ganger kan bringe saker inn til behandling for domstolene.¹⁷¹

Utvalget viser videre til tvisteloven § 1-3 (2) som krever at det må foreligge et reelt behov for å få saken avgjort. Det legges derfor til grunn at tvistelovens regler vil være tilstrekkelige for at kravet om å få sin sak avgjort er ivaretatt. Den foreslåtte formuleringen vil derfor i, følge utvalget, ikke endre dagens rettstilstand i Norge.

¹⁶⁸ K.T. mot Norge (2008 09 25)

¹⁶⁹ Bertelsen s. 137

¹⁷⁰ Innst. 186 S s. 23

¹⁷¹ Dokument 16 (2011-2012) s. 124

Når man tillegger forarbeidene betydning, kan man legge til grunn at lovgivers vilje i relasjon til denne bestemmelsen, er at bestemmelsen ikke skulle endre dagens rettstilstand. Usikkerhet har oppstått fordi forarbeidene var tause om dagens rettstilstand for en bestemmelse som ikke tidligere sto i norsk lov, men i EMK som vi er bundet av etter menneskerettsloven. Forarbeidene sier noe om forhistorien til en lov og forhistorien kan ha betydning for lovtolkningen.¹⁷² Forarbeidene er imidlertid bare en del av denne forhistorien. Forhistorien til grunnlovsbestemmelsen i § 95 er den betydningen «*sin sak*» tradisjonelt har i Norge. Av dette kommer at dersom det er grunn til å anta, slik som her, at lovgiverne har ment noe annet enn de har sagt, er meningen avgjørende.¹⁷³ Dette trekker i retning av at «*sin sak*» etter bestemmelsen følger det som tidligere var gjeldende i norsk rett.

Et annet moment for tolkningen av denne bestemmelsen, som trekker i samme retning, er betydningen av ordvekslingen i det stortingsmøtet der denne grunnlovsbestemmelsen ble vedtatt. Saksordfører Jette Christensen understreket i stortingsmøtet i mai 2014 at endringene ikke var ment å endre dagens rettstilstand. Det er imidlertid usikkert hvor mye vekt en skal legge på uttalelsen i stortingsmøtet. Selv i egenskap av å være saksordfører er det ikke engang sikkert at hun uttalte seg på vegne av et kvalifisert flertall.

Om betydningen av ordvekslingen i stortingsmøter anfører Ola Tellesbø i forbindelse med en tidligere revisjon av Grl. § 100 om ytringsfrihet, at denne har begrenset verdi utover stadfæstelsen av forliket. Flertallet i det omtalte stortingsmøtet mente noe om innvirkningen av § 100 på lovsplanet uten å tale på vegne av et kvalifisert flertall slik Grunnloven forutsetter. I saken Tellesbø viser til misforstod flertallet forskjellen mellom kringkasting og senderanlegg for kringkasting.¹⁷⁴

Det kan synes om at stortingsrepresentantene også ved vedtakelsen av Grl. § 95 misforsto betydningen av begrepsforskjellene i henholdsvis intern rett og traktatbaserte bestemmelser. Det er derfor usikkert om Jette Christensens utsagn om at de nye bestemmelsene ikke var ment å endre dagens rettstilstand, får betydning for domstolenes tolking både for «domstol» og «*sin sak*» slik de følger av Grunnloven § 95.

¹⁷² Eckhoff s. 91

¹⁷³ Eckhoff s. 149

¹⁷⁴ Ola Tellesbø, *Jussens venner* 2008 s. 312 på side 315

Grunnloven § 95 første ledd første punktum gir en grunnlovsfestet rett for enhver til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol. Bestemmelsen innebærer en subjektiv rettighet for borgerne, og er således mindre åpen for inngrep gjennom ordinær lov. Heller ikke denne rettigheten er absolutt. Spørsmålet er hvor langt denne retten kan begrenses ved ordinær lov. Lover som har potensiale i seg til å gripe inn i denne rettigheten, er prosesslovene.

Hittil har ingen saker mot Norge om påstått brudd på EMK art. 6 «*access to justice*» vært oppe for Europadomstolen. Mye taler for at norsk sivilprosess generelt ivaretar kravene som følger av konvensjonen. Norge er derimot dømt flere ganger for overtredelse av uskyldspresumsjonen som følger av EMK artikkel 6 nr. 2. Dette vil bli behandlet i neste kapittel i denne oppgaven.

Problemstillingen i dette kapittelet er om Grunnloven § 95 første ledd annet punktum om rettferdig og offentlig rettergang kan være noe nytt eller mer enn det som fra før var gjeldende etter EMK og ordinær lov?

Etter Grunnloven § 95 første ledd annet punktum skal rettergangen være rettferdig og offentlig. Bestemmelsen er utformet som et generelt prinsipp, og skal kunne påberopes av den enkelte overfor domstolen dersom hun eller han mener at retten til rettferdig rettergang ikke er ivarettatt.¹⁷⁵ Problemene som kan oppstå i relasjon til Grunnloven og EMK er snarere sivilprosessens nærmere utforming, enn betingelsene for å reise søksmål. Både rettsgebyrene, advokatsalærene og taperens ansvar for saksomkostninger er noen av de forhold som i praksis kan stå i veien for borgernes rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig domstol.

En kan spørre seg hvor rettferdig det er, at den som har lite, heller ikke skal kunne gå til domstolene med sitt krav? De meget høye kostnadene i forbindelse med en sivil rettergang, kan tenkes å medføre brudd på bestemmelsen i § 95. Selv om vi har ordningen med fri rettshjelp, er inntektsgrensen for å få denne hjelpen, satt så lavt at i praksis er det svært få som kan benytte seg av ordningen. Dersom lovgiver ønsker å begrense tilgjengeligheten ut over det som følger av dagens ordning ved for eksempel å senke inntektsgrensen ytterligere, vil ordningen kunne støte an mot Grunnloven.

¹⁷⁵ Dokument 16 (2011 - 2012) s. 122

Vurderingen for Høyesterett vil ikke være etter normen for en økonomisk rettighet, men den som gjelder for en sivil og politisk rettighet, hvor jo prøvingsretten skal være særlig sterk. Retten til rettferdig rettergang regnes som en helt grunnleggende rettssikkerhetsgaranti i en moderne rettsstat. Det er derfor grunn til å tro at domstolene vil benytte sin prøvingsrett dersom problemstillingen blir aktuell.

Delkonklusjon

Som dette kapittelet viser er det sannsynlig at bestemmelsen i Grunnloven § 95 første ledd første punktum ikke gir noe nytt, eller mer enn det som følger av ordinær lov og traktatforpliktelser. Grunnloven § 95 er imidlertid et uttrykk for subjektive rettigheter, og svekker på ingen måte Grunnlovens positivrettslige karakter.

Grl. § 95 første ledd annet punktum kan medføre noe nytt. Den vil fungere som en skranke dersom fremtidige lovgivere skulle ønske å gjøre inngrep i retten til rettferdig rettergang gjennom endringer i for eksempel tvisteloven og straffeprosessloven. Hvis kostnadene ved å føre en sak for domstolene etter hvert blir så høye at de færreste har eller tar seg råd, til å fremme sine rettmessige krav, vil dette kunne være i strid med Grunnloven § 95.

Det er riktignok slik at Høyesterett i stor utstrekning bygger på praksis fra Strasbourg-domstolen ved sin tolkning, men fordi domstolen tolker de nye grunnlovsbestemmelsene og gir dem innhold, vil praksis slik den utledes av Høyesterett, ved motstrid tillegges større vekt enn praksis fra EMD. Av den grunn kan det derfor tenkes at grunnlovsfesting av rettigheter som allerede gjelder etter menneskerettsloven og bindende traktatforpliktelser, gir noe nytt eller noe mer etter hvert som tiden går.

4.2.4.3 Grunnloven § 96 - Legalitetsprinsippet og uskyldspresumsjonen

Innledning

Etter endringene våren 2014 har Grunnloven § 96 fått tilføyd et nytt annet ledd som supplerer lovs- og domskravet i første ledd. Tilføydelsen i annet ledd innebærer en grunnlovsfesting av uskyldspresumsjonen. Legalitetsprinsippet og uskyldspresumsjonen er som bestemmelsene i §§ 94 og 95 uttrykk for de mest grunnleggende rettigheter i en rettsstat. Denne bestemmelsen er definitivt ikke en deklarasjon, men verner om en av de mer absolutte subjektive rettighetene. Legalitetsprinsippet fulgte også tidligere av Grl. § 96 første ledd. Dette er en av bestemmelsene som har stått uendret siden 1814. Det nye nå er bestemmelsen i annet ledd. Spørsmålet her er derfor om § 96 annet ledd gir noe nytt, eller noe mer enn det som følger av gjeldende rett.

Gjeldende rett

Før grunnlovsrevisjonen i 2014 fantes ingen eksplisitt bestemmelse om uskyldspresumsjon i ordinær lov, foruten de som fulgte av våre traktatforpliktelser. Uskyldspresumsjonen er formulert i både Verdenserklæringen artikkel 11 nr. 1, SP artikkel 14 nr. 2, og i EMK som er nær identisk med SP.

Grunnloven § 96 annet ledd uttrykker at enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven. Denne har sitt opphav i EMK artikkel 6.2, og er et krav om at den anklagende myndighet må føre bevis for siktedes skyld.

Uskyldspresumsjonen er en rettighet som tilkommer den siktede ved avgjørelsen av en straffesak. Uskyldspresumsjonen gjelder også i tilgrensende situasjoner, og kan derfor bli krenket av enhver offentlig myndighet.¹⁷⁶

Selv om prinsippet om uskyldspresumsjon ikke har vært en del av den ordinære lovgivningen, har vi likevel rettspraksis som viser at det også i norsk rett gjelder et slikt prinsipp. Dette prinsippet har gitt seg utslag i at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Høyesterett uttrykker det slik i saken inntatt i Rt. 1998 s. 1945:

«Prinsippet om at all rimelig tvil skal komme tiltalte til gode er et gammelt og grunnleggende rettssikkerhetsideal. Dette er blant annet kommet til uttrykk i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 6 nr.2 hvor det er fastslått at enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal 'antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven' ('uskyldspresumsjonen'). Begrunnelsen for prinsippet er at konsekvensene av en uriktig fellende dom er mye større enn en uriktig frifinnelse.»

Det grunnleggende i uskyldspresumsjonen er at all rimelig tvil må komme siktede til gode ved vurderingen av de bevis som føres mot ham. En viktig side av dette er at det stilles krav til alle sider ved bevisvurderingen, og at bevisvurderingen følges av en begrunnelse som behandler og gir uttrykk for hvordan retten har tatt hensyn til den tvilen som eventuelt forelå i saken.

For Norges del er det særlig spørsmålet om begrunnelse ved bruk av lagrette, eller snarere mangelen på begrunnelse, som har vært problematisert i forholdt til EMK. I nasjonal rett er dette regulert i straffeprosessloven § 40 første ledd. Bestemmelsen er et unntak fra hovedrege-

¹⁷⁶ Allenet de Ribemont mot Frankrike (1995 02 10) (pkt. 35-36)

len i annet ledd som bestemmer at når siktede domfelles skal *domsgrunnene for skyldspørsmålets vedkommende bestemt og uttømmende angi det saksforhold retten har funnet bevist som grunnlag for dommen*¹⁷⁷.

Det er viktig for en eventuell ankesak at man vet hvorfor man er dømt eller frikjent. Det at det ikke er noe krav til begrunnelse i saker som avgjøres med lagrette, kan bidra til å svekke retts-sikkerheten og etterprøvbareheten. Tatt i betraktning at det er de mest alvorlige straffesakene som behandles med lagrette, er dette et tankekors.

Bruk av lagrette er en ordning som ble innført så langt tilbake som til 1800-tallet. Begrunnelsen for å innføre ordningen var å gi borgerne den form for rettssikkerhetsgaranti som ligger i det å bli dømt av sine likemenn. Lagretteordningen har fortsatt mange tilhengere, blant dem er Forsvarerforeningen. Foreningens syn er at juryen stiller gjennomgående strengere krav til bevisene enn fagdommerne, og at juryordningen derfor styrker rettssikkerheten. Nå er det imidlertid ting som tyder på at ordningen vil bli avvirket i løpet av kort tid, kanskje så snart som i 2016, men i hvert fall i løpet av inneværende stortingsperiode da det er flertall i dagens storting for å avskaffe juryordningen etter at FrP har endret syn i saken.¹⁷⁸

Et annet forhold som har vært særlig problematisk i forhold til uskyldspresumsjonen, er saker om erstatningsansvar for handlinger man er frifunnet for. Dette skyldes at bevisvurderingen er en annen i sivile erstatningssaker enn i straffesaker. Det er derfor mulig å bli dømt til å betale ofre og pårørende erstatning for handlinger man er frifunnet for etter straffeloven.

Uskyldspresumsjonen stiller krav om at domstolene i samme eller senere avgjørelser, ikke uttrykker seg slik at det oppstår tvil om riktighetene av frifinnelsen. Norge er dømt fire ganger for å ha sådd tvil om riktigheten av den frifinnende avgjørelsen.¹⁷⁹ Det sentrale element i uskyldspresumsjonen er at ingen skal anses skyldig med mindre det foreligger fellende dom, avsagt i samsvar med lovens krav. At en likevel kan bli dømt til å betale erstatning for handlingen, kan fort komme i strid med uskyldspresumsjonen.

¹⁷⁷ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

¹⁷⁸ Aftenposten.no oppdatert 12.mai kl. 21.54

¹⁷⁹ Orr v. Norge (2008), Y v. Norge (2003), Hammeren v. Norge (2003) og O v. Norge (2003)

Gir § 96 noe nytt eller noe mer?

Uskyldspresumsjon følger av rettspraksis og av internasjonale forpliktelser. I hovedsak har Høyesterett de siste ti årene tatt utgangspunkt i EMK artikkel 6 nr. 2 ved vurderingen av om uskyldspresumsjonen er overtrådt.¹⁸⁰ Av forarbeidene fremgår at den nærmere grensen for når uskyldspresumsjonen er overtrådt, fortsatt skal trekkes opp på bakgrunn av nasjonal og internasjonal rettspraksis på området.¹⁸¹

Delkonklusjon

Selv om det tidligere ikke fantes noen eksplisitt bestemmelse om uskyldspresumsjonen i ordinær lov, foruten de som fulgte av traktatforpliktelser, viser rettspraksis at dette prinsippet også gjelder i norsk rett. Det er derfor tvilsomt om grunnlovsendringen vil føre til noen endring av gjeldende rett, ut over det faktum at uskyldspresumsjonen vil sikres på grunnlovs nivå.

4.2.4.4 Grunnloven §§ 102 og 104 - Rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, og barnets beste

Innledning

Barnets krav på respekt for sitt menneskeverd og det grunnleggende hensynet til barnets beste, samt dets rett til vern om sin personlige integritet i Grunnloven § 104 er ny og henger nært sammen med rett til respekt for privatliv og familieliv etter Grl. § 102. Det fremgår allerede av rettspraksis etter grunnlovsfestingen i 2014.¹⁸²

Gjeldende rett

Før endringene våren 2014 var det kun sporadiske regler i Grunnloven som vernet om privatliv eller personvern. Privat korrespondanse i form av brev mv. var vernet etter § 100 annet ledd, og hensynet til personvern begrunnet inngrep i offentligheten etter § 100 femte ledd. Husinkvisisjoner var forbudt utenom i kriminelle tilfeller etter § 102. EMK og flere moderne

¹⁸⁰ Dokument 16 (2011-2012) s. 129

¹⁸¹ Innst. 186 S (2013-2014) s. 24

¹⁸² Rt. 2015 s. 206-A

konstitusjoner går lenger.¹⁸³ Ny Grl. § 102 gir nå et generelt vern for privatliv og familieliv og lyder slik:

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller. Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet.»

Grunnloven § 102 er bygget opp med en rettighet i første ledd og en plikt for staten til å sikre denne retten i annet ledd. Den er utformet etter den tilsvarende bestemmelsen i EMK artikkel 8, som dessuten også lister opp vilkårene for unntak eller inngrep i rettigheten. Vilårene er at inngrep må ha hjemmel i lov og vre nødvendige i et demokratisk samfunn. I tillegg må inngrep i denne rettigheten skje for å fremme minst ett av de åtte formålene som er angitt i artikkelen, blant dem å beskytte andres rettigheter og friheter. I forhold til norsk intern rett er de litt upresise begrepene privatliv og familieliv nye.

Fra Grunnloven § 104 gjengis første og annet ledd:

«Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.

Ved handlinger som og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

Bestemmelsen har ingen tilsvarende bestemmelse i EMK, men har hentet sitt innhold fra FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1, hvor det heter:

«Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

Barnekonvensjonen er fra fr gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven. Til forskjell fra EMK inneholder ikke barnekonvensjonen noe krav om effektive rettsmidler på nasjonalt nivå. Det kan da ikke avsies fastsettelsesdom for brudd på denne konvensjonen.¹⁸⁴ Dette er annerle-

¹⁸³ Smith 2013 s. 45

¹⁸⁴ Rt. 2012 s. 2039 (lengeværende barn II)

des enn etter EMK. Ut over dette er hensynet til barnets beste nedfelt i flere lover, blant annet i barneloven og barnevernsloven.¹⁸⁵

Gir §§ 102 og 104 noe nytt eller mer?

Høyesterett har akkurat rukket å gi bestemmelsene i §§ 102 og 104 innhold og substans. Dommen som gjaldt gyldigheten av et utvisningsvedtak rettet mot en kenyansk kvinne, er omtalt tidligere i denne oppgaven i kapittel 4.2.2. Høyesterett viste til Grunnloven §§ 102 og 104, og konstaterte at barnets interesser inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter Grl. § 102. Spørsmålet Høyesterett tok stilling til var om utvisningsvedtaket var i strid med datterens rett til privatliv og familieliv etter Grunnloven og EMK. En enstemmig Høyesterett kom til at utvisningsvedtaket var ugyldig og at det var i strid med EMK artikkel 8.

Høyesterett la til grunn at Grl. § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene. Førstvoterende gir uttrykk for at det etter vår forfatning er Høyesterett som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser, ikke de internasjonale håndhevingsorganene.¹⁸⁶

I sin vurdering viste Høyesterett til tidligere intern rettspraksis som viser at begrepet «*privatliv*» favner vidt, og at noen uttømmende definisjon ikke finnes. Retten viser videre til praksis fra EMD hvor menneskets fysiske og psykiske integritet, og den enkeltes identitet og autonomi står sentralt for individets privatliv. Etter EMDs praksis sikter «*familieliv*» til mer spesifikke relasjoner mellom mennesker, slik som mellom foreldre og barn. Retten til respekt for privatliv og familieliv innebærer, ifølge førstvoterende, i første rekke et vern mot uberettigede offentlige inngrep.

Høyesterett har således slått fast det nærmere innholdet i begrepene privatliv og familieliv, og at retten til respekt for privatliv og familieliv, først og fremst skal forstås som et vern mot uberettigede offentlige inngrep.

¹⁸⁵ Lov 8 april 1981 nr. 7 om barn og foreldre § 48 og Lov 17 juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester § 4-1

¹⁸⁶ HR-2015-206-A avsnitt (57)

Dette grunnlovsvernet er likevel ikke absolutt, selv om grunnlovsbestemmelsen ikke har noen begrensningshjemmel. Som for de folkerettslige bestemmelsene som var grunnlovsbestemmelsens forbilde, anfører Høyesterett at det vil være tillatt å gripe inn i rettighetene dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig.¹⁸⁷

Høyesterett slår fast at vedtaket griper inn i et for datteren vernet retts gode, men at utvisningsvedtaket har hjemmel i lov og forfølger et legitimt mål. Det springende punktet i følge førstvoterende er om utvisningen av den kenyanske kvinnen er forholdsmessig.

I følge Høyesterett må vurderingen starte med hva som er i barnets interesse, og viser til Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Etter en vurdering av barnets mest sannsynlige fremtidsutsikter i Kenya, uttaler Høyesterett at barnets interesser klart og med stor tyngde taler for at hun må bli i Norge og at moren, som eneste omsorgsperson, ikke kan utvises. Retten tillegger at det skal svært gode og tungtveiende grunner til for å oppveie dette.¹⁸⁸

På denne bakgrunn foretar Høyesterett en forholdsmessighetsvurdering av barnets beste på den ene siden og behovet for en effektiv og rettferdig utlendingsforvaltning på den andre siden. Det blir lagt vekt på at kvinnens overtredelse av utlendingsloven ikke er grov, men ganske typiske, og at dette derfor ikke er nok til å veie opp for den byrden barnet blir pålagt ved en utvisning av moren til Kenya. Ved den samlede avveiningen tillegges det vekt at det er en uskyldig part som rammes hardest av sanksjonen. For øvrig er det eksplisitt uttrykt som et helt sentralt poeng, at barnet er norsk statsborger. Det er derfor grunn til å legge inn en reservasjon for dommens rekkevidde i lignende spørsmål. Denne oppgaven vil utdype mer om forholdsmessighetsvurderingen i kapitlene 4.4.2 og 4.4.3.

En uke senere, i dommen HR-2015-289-A, måtte også Høyesterett foreta en forholdsmessighetsvurdering mellom samfunnets interesser og betydningen av det inngrep dette representerte i et barns grunnlovfestete rettigheter. Det konkrete spørsmålet var om retten til familieliv og hensynet til barnets beste veide tyngre enn den anmodende stats interesse av å kunne straffeforfølge siktede i lys av forbrytelsens grovhet og hensynet til det internasjonale strafferetts-samarbeidet.

¹⁸⁷ HR-2015-206-A avsnitt (60)

¹⁸⁸ HR-2015-206-A avsnitt (79)

Saken gjaldt utlevering fra Norge av en mann som var tiltalt for krigsforbrytelser i Rwanda. Høyesterett uttalte at utleveringsloven § 7 og dens forarbeider må leses i lys av de individrettigheter som nå er tatt inn i grunnloven §§ 102 og 104, og i lys av EMK og Barnekonvensjonen. Høyesterett mente at det var disse konvensjonsbestemmelsene som skulle danne utgangspunktet for tolkningen.

Førstvoterende uttaler at det på bakgrunn av tidligere rettspraksis må foretas en forholdsmessighetsvurdering av de kryssende hensyn som gjelder i saken, og legger til at et forholdsmessighetsprinsipp også er lagt til grunn i EMDs praksis i utleveringssaker. Standarden som i følge Høyesterett kan utledes fra EMDs praksis, er at utlevering bare kan nektes ved «*exceptionel circumstances*», og dette må gjelde som en generell regel.

Etter en gjennomgang av EMDs praksis uttaler førstvoterende at retten til familieliv etter EMK artikkel 8 har begrenset gjennomslagskraft som hinder for utlevering i saker om alvorlige forbrytelser, og at det samme i utgangspunktet må gjelde for Grunnloven § 102. Førstvoterende legger til grunn at ved den komplementære vurderingen etter § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 legges til grunn at terskelen for å gi barnets interesser absolutt prioritet, må være tilsvarende svært høy ved grove forbrytelser.

Avgjørende for Høyesteretts beslutning er at det i denne saken dreier seg om en anklage om sjeldent alvorlige lovbrudd, og finner derfor ikke å kunne gi barnets beste absolutt prioritet. Byrdene for barna ved utlevering av far, kan i følge Høyesterett, ikke veie opp for de grunnene som taler for utlevering. Vilåårene for utlevering var derfor oppfylt.

Disse to sakene som ble avgjort med en ukes mellomrom, er ikke avklarende for spørsmålet om hva det betyr at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som berører barn etter § 104. I Maria-dommen ble det fremhevet at barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen ved den vurderingen som må foretas. Dette er en langt sterkere vektlegging av hensynet til barnets beste, enn det som fra før var gjeldende. I saken HR-2012-2398-P avs. (134) går det frem at hensynet til barnets beste skal veie tungt, men dette hensynet kan imidlertid avveies mot eventuelle motstridende interesser. Men jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det være for andre hensyn.

I saken om utlevering av krigsforbryter, avsagt uken etter Maria-saken, viste Høyesterett til internasjonal praksis, ikke Grunnloven § 104, om at tyngdepunktet i vurderingen ligger i de berørte staters interesse i at grove forbrytelser straffeforfølges i det landet forbrytelsen ble begått. Det var altså ikke slik at bestemmelsen i § 104 barnets beste skulle løftes frem og være utgangspunktet for vurderingen.

Rett til respekt for sitt privatliv, familieliv og sitt hjem, samt forbud mot husransakelse, står i svært mange tilfeller mot andre rettigheter med grunnlovs rang. Slik som for eksempel retten til liv som staten skal beskytte etter § 93. NRK hadde i et innslag i Dagsrevyen lørdag 17. januar 2015 søkelyset på barn som dør i hjemmet, der politiet ikke har rett til å foreta undersøkelse i hjemmet uten foreldrenes samtykke. Bare et lite antall slike saker blir etterforsket. Grunnloven § 102 står i veien. Dersom det er slik at små barns rettssikkerhet er dårligere vernet enn voksnes som en følge av bestemmelsen i grl. § 102, er dette i så fall en veldig uheldig konsekvens.

At politiet ikke automatisk kan foreta rutinekontroll i hjemmet ved barnedødsfall, må være ganske klart dersom bestemmelsen i § 102 skal ha en mening. Førstvoterende uttaler imidlertid i Maria-saken at selv om Grunnloven § 102 ikke inneholder noen anvisning på om det overhodet kan gjøres lovlige begrensninger i privat- og familielivet, er grunnlovsvernet ikke absolutt.¹⁸⁹ Han tilføyer at det i tråd med de folkerettslige forbildene vil det være tillatt å gripe inn i rettighetene dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger legitime formål og er forholdsmessig.

Vurderingen av hvorvidt et inngrep er forholdsmessig, må etter førstvoterendes syn, ha for øye de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltakene på den andre. Hvorvidt husundersøkelse i et hjem der et barn har dødd er forholdsmessig, må derfor vurderes ut i fra foreldrenes rett til respekt for sitt privatliv og familieliv på den ene siden, og samfunnets legitime behov for å oppklare og eventuelt straffeforfølge en mulig kriminell handling på den andre.

Når hensynet til barnets beste står mot andre interesser skal hensynet til barnets beste ha stor vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Det er etter dommen i Maria-saken slik at hensynet til barnets beste ikke bare skal ha stor vekt, men barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen. Det er mulig at det etter denne dommen kan antas at hensynet til barnets beste etter § 104 kunne ha gitt politiet økt adgang til å foreta undersøkelser i hjemmet etter barnedødsfall.

Hensynet til barnets beste ble imidlertid modifisert betydelig i saken inntatt i Rt. 2015 s. 289-A (omtalt ovenfor). Førstvoterende uttaler på vegne av et enstemmig Høyesterett, at retten til familieliv etter EMK artikkel 8 har begrenset gjennomslagskraft som hinder for utlevering i

¹⁸⁹ Rt. 2015 s. 93 avs. (60)

saker om alvorlige forbrytelser, og at terskelen for å gi barns interesser absolutt prioritet må være tilsvarende svært høy i slike tilfeller.

Utlevering av krigsforbryter slik som i nevnte sak, er av en helt annen karakter enn i saker som angår barnedødsfall i hjemmet, men den får frem at retten til familieliv har begrenset gjennomslagskraft i saker om alvorlige forbrytelser. Dersom barnedødsfall i hjemmet ikke skyldes naturlige årsaker, kan det være tale om en alvorlig forbrytelse. Dommen gir samtidig uttrykk for at terskelen for å gi barns interesser absolutt prioritet må være svært høy.

Delkonklusjon

Høyesterett har slått fast at retten til respekt for privatliv og familieliv, først og fremst er et vern mot uberettigede offentlige inngrep. Dette er en utdyping av forgjengeren som satte et forbud mot husinkvisisjoner. De to høyesterettsdommene fra januar og februar 2015 viser at det er en nær sammenheng mellom §§ 102 og 104. Imidlertid har Høyesterett gjennom nettopp disse to dommene skapt usikkerhet om hvordan barnets beste som et grunnleggende hensyn skal praktiseres. Det er derfor usikkert om de nye grunnlovsbestemmelsene §§ 102 og 104, vil endre dagens rettstilstand.

4.2.5 Økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

Lønning-utvalgets mandat var å utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven, for å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett ved å gi sentrale menneskerettigheter grunnlovs rang. Det ble derfor en oppgave for Lønning-utvalget å finne ut hvilke rettigheter som kunne sies å være av en slik kvalitet. Som utvalget gir uttrykk for er det et særlig spørsmål hvorvidt økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter kan regnes blant de sentrale menneskerettighetene.¹⁹⁰

Disse rettighetene omtales ofte som andre generasjons menneskerettigheter. Dette er rettigheter som først kom til uttrykk i forbindelse med den russiske revolusjonen¹⁹¹, og dreier seg blant annet om retten til arbeid, utdanning og deltakelse i kulturlivet. De omhandler også rett til en levestandard som sikrer helse, legehjelp, mat og bolig. Disse er, i motsetning til første

¹⁹⁰ Dokument 16 (2011-2012) s. 60

¹⁹¹ Ruud og Ulfstein s. 229

generasjons rettigheter som skal sikre individene mot overgrep fra statsmakten, en plikt for statens myndigheter til å legge forholdene til rette for at disse rettighetene kan sikres.¹⁹²

De økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene som bygger videre på Verdenserklæringen er nedfelt i ØSK som er mer rettet inn mot statens plikter enn individenes rettigheter, men også i ØSK er ordlyden i de enkelte bestemmelsene knyttet til «enhver».¹⁹³ Rettighetene omhandler blant annet tema som arbeid, arbeidsforhold, fagforening og sosial sikkerhet, familie, levestandard, helse og utdanning.

Menneskerettighetsutvalget behandlet spørsmålet om hvorvidt eventuelle grunnlovsbestemmelser burde utformes som individuelle rettigheter eller som plikter for statens myndigheter. Utvalget uttaler at i hovedtrekk innebærer de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene både individuelle rettigheter, men da i kjerneområdet for de enkelte rettigheter, og plikter for statens myndigheter.¹⁹⁴ Utvalget hevder at Grunnloven kan søke å reflektere at den plikten som påhviler statens myndigheter har en hard kjerne bestående av visse minstekrav, og at for disse minstekravene vil individet ha rettigheter som korresponderer med statens plikter. Utover disse minstekravene, er det først og fremst statens myndigheter som tar stilling til hvordan rettighetene bør oppfylles.¹⁹⁵

Utvalgets flertall ser det som viktig å forsøke å bevare Grunnlovens rolle både som symbol for nasjonen og som et rettslig og politisk verktøy, og mener derfor at Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser ikke bør begrenses til bare å bestå av bestemmelser som relativt enkelt kan håndheves av domstolene. Utvalget mener at noen av grunnlovens bestemmelser også bør inneholde rettigheter som har et kjerneinnhold som kan prøves rettslig, selv om bestemmelsenes betydning først og fremst vil være av verdimessig og politisk art.¹⁹⁶

Et stort flertall i kontroll- og konstitusjonskomiteen mener Grunnloven skal fortsette å være en politisk retningslinje, en juridisk tolkningsfaktor, en skranke for lovgiveren og et symbol for sentrale samfunnsverdier.¹⁹⁷ Dette flertallet bemerker at Lønning-utvalget har vært opptatt av å formulere rettighetene på en slik måte at det politiske handlingsrommet skal være ivare-

¹⁹² Ruud og Ulfstein s. 229

¹⁹³ Høstmølingen s. 49

¹⁹⁴ Dokument 16 (2011-2012) s. 61

¹⁹⁵ Dokument 16 (2011-2012) s. 61

¹⁹⁶ Dokument 16 (2011-2012) s. 62

¹⁹⁷ Innst. 187 S (2013-2014) s. 15

tatt. Rettighetene skal være utformet som en plikt for staten, ikke en klar og direkte håndhevbar rettighet for enkeltborgere.

Dersom en tar kontroll- og konstitusjonskomiteen på ordet, vil rettighetene omtalt i det følgende tilsynelatende være bare deklarasjoner. Hovedspørsmålet for de bestemmelsene som behandles i dette underkapittelet er om bestemmelsene likevel kan innebære en subjektiv rettighet for den private part. Rettighetsbestemmelsene som behandles i dette kapittelet er først Grunnloven § 109, deretter § 110.

4.2.5.1 Grunnloven § 109 - Rett til grunnleggende opplæring og utdanning

Innledning

Grunnloven § 109 har hentet sitt innhold fra EMK Protokoll 1 artikkel 2 og bestemmer at enhver har rett til utdanning, og at barn har rett til å motta grunnleggende opplæring. Kontroll- og konstitusjonskomiteens flertall mener grunnlovfesting av retten til utdanning ikke vil endre rettstilstanden i Norge etter som dagens opplæringslov og lov om universiteter og høyskoler antas å tilfredsstille kravene i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene vedrørende retten til utdanning.¹⁹⁸ Spørsmålet for dette underkapittelet er hvorvidt Grl. § 109 er noe mer enn en deklarasjon og om bestemmelsen gir noe nytt eller mer.

Gjeldende rett

EMK pålegger ikke offentlige myndigheter å etablere et utdanningssystem av en viss kvalitet, heller ikke en plikt til å opprette et, men regulerer den situasjonen som foreligger der det eksisterer et skolesystem.

Praksis fra EMD viser at Protokoll 1 artikkel 2 skal forstås slik at den gir en rett til å få tilgang til de undervisningsinstitusjonene som til enhver tid finnes.¹⁹⁹ Retten gjelder også utdanning på høyere nivå. Statene står likevel fritt i å organisere og tilrettelegge slik de finner det ønskelig, praktisk, økonomisk og realiserbart å gjøre det. Det er først i situasjoner der en person nektes utdanning uten noen holdbar grunn for dette, at konvensjonen brytes. Det er ganske åpenbart at norsk rett overoppfyller de beskjedne krav som stilles etter konvensjonsforpliktelsene, og at konvensjonsforpliktelsene ikke er noen målestokk i forhold til intern rett.

¹⁹⁸ Innst. 187 S s. 20

¹⁹⁹ Bertelsen s. 402

Regulering på et lavere hierarkisk nivå slik som opplæringsloven og lov om universiteter og høyskoler, sikrer fra før norske borgere i stor utstrekning tilgang til opplæring og utdanning, samtidig som en slik regulering ivaretar behovet for fleksibilitet for staten, på en helt annen måte enn grunnlovfesting.

Gir § 109 noe nytt eller mer?

Bestemmelsen i § 109 skal i følge forarbeidene leses som et vern for borgerne mot forsømmelse av statens ansvar for å gi skoletilbud uavhengig av geografi, økonomi eller andre forhold ved den enkelte, og er således ikke noe mer enn det som gjelder etter EMK. Grunnloven § 109 uttrykker en subjektiv rettighet i første ledd, og en plikt for staten i annet ledd, altså en deklarasjon. Hvilket faktisk rettslig innhold den har må imidlertid avgjøres etter tolkning.

Bestemmelsen gir rett til utdanning, men sier ikke noe om hvor mye utdanning den gir rett til. På samme måte gis barn rett til å motta grunnleggende opplæring, men gir ikke beskjed om hva grunnleggende opplæring innebærer.

At «enhver» har rett til utdanning må etter en naturlig forståelse av ordlyden bety at *alle* har denne retten og at den er uavhengig av blant annet alder. Det må også innebære at ingen kan avvises fra retten til å ta høyere utdanning, selv om vedkommende har høyere utdanning fra før, så lenge vedkommende er kvalifisert, slik det fremkommer av siste ledd. Siste ledd pålegger statens myndigheter en plikt til å sikre adgang til videregående opplæring og like muligheter til høyere utdanning på grunnlag av kvalifikasjoner.

Et vilkår for å ha rett til høyere utdanning er altså utelukkende søkerens kvalifikasjoner. Dette kan vise seg å bli krevende dersom arbeidsledigheten i Norge skulle nå samme høyder som i enkelte andre europeiske land, med den konsekvens at mange voksne vil søke om inntak til ny utdanning for å kvalifisere seg til et nytt yrke. Både fordi det var bedre muligheter i en annen sektor, men også fordi det kan være langt mer givende for en arbeidssøkende å studere, enn å heve trygd. Dette ville stille høyskoler og universiteter under et sterkt press.

En slik situasjon kan føre til at det ble riktig mange godt voksne personer som søkte om opptak til høyere utdanning, og som med full opptjening av alders- og utdanningspoeng fortrenget mange unge søkere. Hvordan skal retten til utdanning ivaretas for unge søkere dersom studieplassene i stor grad ble fylt opp av 50-åringer? Hvor mange studieplasser er det riktig at staten bekoster for å utdanne godt voksne mennesker ikke bare en, men flere ganger?

I forholdt til dagens rettstilstand vil ikke bestemmelsen i Grunnloven § 109 innebære noe nytt. Den kan imidlertid komme til å gi noe mer, fordi den legger bånd på fremtidige Storting og

dets bevilgninger i og med at den ikke er mer presis i formuleringen. Som for andre deklarativer bestemmelser har § 109 uansett en kjerne det ikke kan gjøres inngrep i. Det må, som etter EMK, gjelde at enhver skal ha tilgang til de utdanningsinstitusjonene som til enhver tid finnes.

Dessuten står nok bestemmelsen i veien for den lovgiver som skulle ha lyst til å kutte skolebudsjettene til et nivå som ikke står i forhold til den økonomiske bæreevnen i landet. Sånn sett kan det i ytterste konsekvens tenkes å oppstå spørsmål knyttet til kommunebudsjettene rundt omkring fordi den begrenser friheten til å utforme løpende politikk i strid med bestemmelsens egentlige innhold. Så lenge velferdsstaten består på dagens nivå, vurderes dette ikke å være noe problem.

Imidlertid kan det bli en større utfordring dersom den økonomiske situasjonen i Norge svekkes betydelig. Grunnloven har foreløpig ingen begrensningshjemmel. Den klarte ikke Stortinget å enes om i 2014. Likevel går det frem av rettspraksis at rettighetsvernet i grunnloven ikke er absolutt.²⁰⁰

Delkonklusjon

Grunnloven § 109 uttrykker en subjektiv rettighet i første ledd. Den bestemmer at enhver har rett til utdanning. Den nærmere avgrensningen av «*enhver*» må imidlertid avgrenses gjennom tolkning. Når det gjelder retten for norske borgere er det grunn til å tro at retten ikke kan begrenses etter kriterier ved den enkelte. Derimot er det grunn til å tro at statens plikt til å sikre adgang til høyere utdanning etter fjerde ledd, kan begrenses og at det på sikt kan bli domstolene som avgjør det nærmere innholdet i denne bestemmelsen, og ikke minst rettighetens grenser. Dette gjelder i forhold til noens rettslige status slik som statsborgerskap og eventuell status som flyktning eller asylsøker.

Dersom Stortinget egentlig kun har ment å symbolisere at et viktig prinsipp i det norske samfunnet er lik rett til utdanning uavhengig av forhold ved den enkelte, kunne dette vært gjort ved å grunnlovfeste en klart uttalt rett til gratis grunnskole og videregående opplæring, mens det øvrige kunne vært overlatt til ordinær lov og skiftende samfunnsforhold. Da ville Grunnlovsbestemmelsen gitt uttrykk for en subjektiv rettighet, i stedet for å være en proklamasjon.

²⁰⁰ Rt-2015-206-A avs. (60)

Bestemmelsen ville da hatt en tydelig kjerne det ikke kunne gjøres inngrep i, nemlig rett til gratis grunnskole og videregående, samt mulighet for fremtidige lovgivere til å utforme det spesifikke innholdet alt etter samfunnets behov og ressurser, for eksempel lengden og omfanget av opplæringen. På denne måten kunne lovgiverne bygget opp under og sørget for å opprettholde Grunnloven som positiv rett, samtidig som bestemmelsen i seg selv ville fått et mye sterkere innhold. Grunnloven § 109 er en «blandingsbestemmelse», med en subjektiv rettighet i første ledd og en deklarasjon i annet ledd, som bidrar til å svekke Grunnlovens positivrettslige karakter.

4.2.5.2 Grunnloven § 110 - Rett til arbeid eller støtte fra det offentlige

Innledning

Helt siden 1954 har Grunnloven hatt bestemmelser av deklarativ karakter. 'Retten' til arbeid i § 110 var den første. Spørsmålet er om tilføyelsene i første ledd²⁰¹ gir noe nytt eller mer enn det som fra før var gjeldende rett på området.

Gjeldende rett

Statens myndigheter skal etter bestemmelsen i første ledd første punktum legge til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring. Denne paragrafen har i en årrekke stått i en annen stilling enn de andre bestemmelsene i Grunnloven, og har aldri vært forstått som en klar og direkte håndhevbar rettighet for individet. Den har vært tolket som en politisk føring om en plikt for staten til å føre en politikk som fremmer sysselsetting.

Første ledd annet punktum er en ny bestemmelse: Den som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold, har rett til støtte fra det offentlige. Etter første ledd første punktum gjelder det den som ikke kan tjene til livsopphold ved arbeid eller næring. Tilføyselen av «næring» er ny, og er kommet med for å gi beskjed om det selvfølgelig; at har du inntekt av egen næring, er du ikke i målgruppen. Den kan også forstås som en forlengelse av den plikt som påhviler staten om å legge til rette for arbeid. Næringsvirksomhet, enten det er en stor eller liten bedrift, er bærebjelken i velferdsstaten.

²⁰¹ Nytt i første punktum er tilføyselen av næring. Annet punktum er i sin helhet ny og lyder slik: «Den som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold, har rett til støtte fra det offentlige.»

Vi har mange rettigheter i velferdslovgivningen som skal sikre folk hjelp til livsopphold. Det være seg tak over hodet eller tilstrekkelig med mat og varme klær. Bestemmelsen i første ledd annet punktum er annerledes utformet enn den deklarativerende bestemmelsen i første ledd første punktum, og er formulert mer som en rettighetsbestemmelse.

Lønning-utvalgets medlem Carl I. Hagen var spesielt skeptisk til denne bestemmelsen. Begrunnelsen er at han ikke ønsker å binde opp fremtidige Storting. Det er få som kan tenke seg at noen vil ønske å utradere norsk velferdspolitik, selv om det kan høres slik ut i valgkamper. Det kan likevel oppstå situasjoner der de bevilgende myndigheter må prioritere langt tøffere enn i de seneste år, blant annet som følge av at Norges inntekter fra olje og gass avtar. Noen av de særdeles gode velferdstjenestene vi i dag nyter godt av kan således bli salderingsposter på statsbudsjettet.

Vi vet lite om samfunnets økonomiske bærekraft i fremtiden. Kan hende er det den samme frykt for fremtiden som ligger bak både forkjempernes og motstandernes standpunkt. Nettopp fordi det kan bli vanskelig å prioritere i fremtiden, kan det være grunn til å grunnlovsfeste en plikt for statens myndigheter. Samtidig er blant annet Rt.1962 s. 369 (Gullklausul-dommen) uttrykk for at menneskerettigheter må vike for sterke samfunnsmessige hensyn.

Saken gjaldt en fransk banks krav mot Den norske stat og et par norske banker om rett til oppgjør for ihendehaverobligasjoner i gull. Spørsmålet var om *Lov om pengeforpliktelser, lydende på betaling i gull av 15. desember 1923* anvendt på disse fordringene, kom i strid med Grunnloven § 97 som hjemler et forbud mot retroaktiv lovgivning. Loven suspenderte Norges Banks gullinnløsningsplikt. Spørsmålet Høyesterett måtte ta stilling til var hvorvidt loven kunne komme til anvendelse på obligasjoner med gullklausuler fra før loven ble vedtatt.

Førstvoterende legger vekt på at begrunnelsen for loven i høy grad var hensynet til samfunnet som helhet, slik det fremkom av forarbeidene. Førstvoterende bemerker videre at forholdene i landet var spesielle og vanskelige da loven ble vedtatt i 1923, og at loven inneholder en saklig og forsvarlig avgjørelse som ikke kommer i strid med Grunnloven § 97. «*En ... som har knyttet sin fordring til landets pengeenhet, kan ikke ha krav på å få oppfylt et kontraktsvilkår av denne art mot samfunnets vitale interesser, det er ikke slike forhold Grunnlovens § 97 sikter til med sitt forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft.*»²⁰²

²⁰² Rt. 1962 s. 399 på side 385

Denne saken gjaldt økonomiske interesser. Det var hensynet til samfunnet som helhet som begrunnet loven. Her vant hensynet til samfunnets økonomi over tilbakevirkningsforbudet som følger av Grl. § 97. Forbud mot retroaktivlovgivning regnes som en helt sentral menneskerettighet. Likevel vant hensynet til samfunnsøkonomien. Å ivareta flertallets behov var viktigere enn individets grunnlovsbeskyttede rettighet.

En eventuell sak om støtte fra det offentlige vil som i Gullklausul-saken, også gjelde økonomiske interesser. Det er likevel en prinsipiell forskjell i sakstype; den som søker støtte til livsopphold, står i en noe annen situasjon enn en finansinstitusjon som i Gullklausul-saken. Dessuten var det den gang snakk om vitale samfunnsinteresser, samt at det var krisetid. Det var utslagsgivende i Gullklausul-saken.

Gir § 110 noe nytt eller mer?

For spørsmålet om Grl. § 110 gir noe nytt eller noe mer når det kommer til spørsmål om offentlig støtte til livsopphold, enn det som følger av gjeldende rett, vil avgjørelsen i Borthen-saken være svært interessant. Borthen-saken gjaldt, til forskjell fra Gullklausul-dommen, en sak på det samme området som § 110, nemlig velferdsretten. En kan derfor tenke seg at i en sak der Grunnloven § 110 blir påberopt, vil praksis fra Borthen-saken (og Thunheim-saken²⁰³) være retningsgivende for utfallet av en sak om rett til støtte fra det offentlige.

Rt. 1996 s. 1415 (Borthen) gjaldt spørsmål om vern etter Grunnloven § 97 for trygderettigheter. En lovendring medførte bortfall eller reduksjon av ektefelle tillegg til alderspensjonen i tilfeller hvor pensjonisten har egen inntekt utover et fribeløp. Førstvoterende legger til grunn at inngrepet i saken ikke medfører at det knyttes nye byrder til tidligere handlinger, men at lovendringen for fremtiden svekker rettslige posisjoner. Det er dette som kalles uegentlig tilbakevirkning.

Høyesterett kom til at inngrepet ikke var i strid med Grunnloven § 97. Flertallet la til grunn at pensjonsrettigheter etter folketrygdloven har et vern etter grunnloven § 97 mot «klart urimelig eller urettferdig» tilbakevirkning. Av domspremissene går det frem at i grunnlovsvurderingen går ikke bare hensynet til de trygdedes trygghet og forutberegnelighet, men også tungtveiende hensyn, som tilsier en betydelig frihet for lovgiver til å kunne foreta endringer i folketrygdens rettigheter, må trekkes inn i vurderingen.

²⁰³ Rt. 1990 s. 1440

Førstvoterende anfører videre at det åpenbart må være slik at det ved lov kan foretas vidtgående endringer i folkepensjonens rettigheter og ytelser ”om vi skulle få en vesentlig forverring av samfunnsøkonomien”.²⁰⁴ Lovgivers adgang til å gripe inn må imidlertid gå vesentlig lenger, i følge Høyesterett. Førstvoterende viser til at det er Stortinget som etter Grunnloven er gitt kontroll med og herredømme over statens finanser. Dette har betydelig tyngde ved vurderingen. Omfattende bånd på lovgivers rett til å gripe inn i trygderettigheter, vil etter Høyesteretts syn, komme i konflikt med de hensyn som ligger bak Grl. § 75 bokstav a og d.²⁰⁵

Av særlig interesse for spørsmål knyttet til domstolenes tolkning og avgrensning av rett til støtte fra det offentlige er følgende uttalelse:

«Oppbyggingen av velferdsstaten er sterkt understreket som et moment av betydning for grunnlovstolkningen. Jeg er enig i at dette kommer inn. Den trygghet og forutberegnelighet for økonomi og levestandard som jeg har fremhevet som avgjørende for at trygderettigheter må ha et grunnlovsværn, er nettopp et viktig utslag av vår velferdsstat. Men hensynet til velferdssamfunnet har også en annen side av betydning. Det er viktig å kunne kanalisere offentlige midler dit det er størst behov for dem. Sterke bånd på adgangen til å foreta omprioriteringer vil – i alle fall som generell regel – ikke ivareta velferdssamfunnet og dets behov.»²⁰⁶

Av denne dommen er det således grunn til å anta at vurderingskriterier for spørsmål knyttet til rett til offentlig støtte etter Grunnloven § 110 første ledd annet punktum vil følge samme linje som i Borthen-dommen. Hensynet til samfunnets økonomiske bærekraft til enhver tid, og hensynet til bevilgende myndigheters ansvar for statsfinansene, vil være et tungtveiende hensyn ved vurderingen. Hensynet til den private parts rettigheter vil veie mindre. Det er derfor lite som tyder på at bestemmelsen i § 110 er noe mer enn en deklarativ bestemmelse.

Bestemmelsen er en plikt for staten til å føre en politikk som fremmer sysselsetting og velferd. Som for andre deklarasjoner inneholder også denne en kjerne det ikke kan gripes inn i.

²⁰⁴ Rt. 1996 s. 1415 på side 1428

²⁰⁵ «Det tilkommer Stortinget

a) å gi og oppheve lover, å pålegge skatter, avgifter, toll og andre offentlige byrder, som dog ikke gjelder ut over 31. desember i det nærmeste påfølgende år, med mindre de uttrykkelig fornyes av et nytt storting;

d) å bevilge de pengesummer som er nødvendige for å dekke statens utgifter;»

²⁰⁶ Rt. 1996 s. 1415 på side 1428

Det vil si at velferdslovgivningen må gi et minimum av støtte til livsopphold. Det er tvilsomt om internasjonale traktater vil føre til et annet resultat.

Delkonklusjon

Rett til støtte fra det offentlige er nå en grunnlovsfestet økonomisk og sosial rettighet, mens omfanget av denne støtten vil følge av ordinær lovgivning. Den er deklarativ. Deklarative bestemmelser har det særtrekk at selv om de først og fremst gir uttrykk for en plikt for staten, kan de også inneholde rettigheter som har et kjerneinnhold som kan prøves rettslig.

Grunnlovsbestemmelsen i § 110 første ledd er en slik. Den har en kjerne det ikke kan gjøres unntak fra og denne kjernens innhold er en subjektiv rettighet for borgerne. Det betyr at den som av ulike årsaker ikke selv kan sørge for sitt livsopphold, har krav på en ytelse fra det offentlige. Dette innebærer et minimumskrav til ytelse. Norske borgere skal hverken sulte eller fryse i hjel. Det nærmere innholdet fastlegges imidlertid ved politiske bevilgninger fattet av det til enhver tid gjeldende stortingsflertall.

Det er ikke bare sivile og politiske rettigheter som kan håndheves med rettslige virkemidler, men det kreves, som etter traktatbasert rett, at grunnlovsbestemmelsen er tilstrekkelig klar. Når den er det, byr ikke tolkning og håndheving av økonomiske og sosiale rettigheter på noe problem.²⁰⁷ Endringen i Grunnloven § 110 medfører imidlertid ingen endring av gjeldende rett.

4.2.6 Rettighetskatalogen kort oppsummert

Menneskerettighetsutvalget fremmet flere forslag til nye bestemmelser om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter som ikke ble vedtatt. Dette var blant annet retten til å stifte familie, retten til respekt for sin kulturelle identitet og retten til en tilfredsstillende levestandard. Av denne typen rettighetsbestemmelser har kapittelet kun fått en endring i retten til arbeid i § 110 ved at «næring» er kommet inn i første ledd, og en rett til støtte fra det offentlige i annet ledd, i tillegg til bestemmelsen i § 109 som er helt ny.

Av utvalgets forslag til rettigheter av sivil og politisk karakter, ble det foretatt små endringer i ordlyden i enkelte forslag, mens bare forslag til ny § 99 om frihet for tanke, samvittighet, reli-

²⁰⁷ Smith 2013 s. 393

gionsfrihet og livsanskuelse ble avvist. Flertallet i kontroll- og konstitusjonskomiteen begrunnet sin innstilling med at dette var godt ivaretatt gjennom kirkeforliket og Grunnloven § 16.

Utformingen av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter har som regel preg av å være mer deklorative enn de sivile og politiske rettighetene. Det er det gode grunner til. Grunnloven § 105²⁰⁸ kan imidlertid ses som et unntak, all den tid den er utformet som en helt klar rett til full erstatning.

Grunnloven § 92 pålegger staten å respektere og sikre menneskerettighetene slik som de er nedfelt i blant annet Grunnloven selv. Den uttrykker ikke noen form for gradering av menneskerettigheter, men av Stortingets vedtak og kapitlets endelige utvalg, kan det synes som om den ene gruppen av rettigheter står i en sterkere stilling enn den andre. De sivile og politiske rettighetene angår menneskets frihet og rettssikkerhet. Det er de viktigste, mest grunnleggende og mest sentrale. Det er disse som helst gir subjektive rettigheter og blant disse man finner de mest absolutte. De er så kalte første generasjons menneskerettigheter. Det er disse rettighetene med sitt opphav fra naturrett og opplysningstid, som fikk en sentral plass i Grunnloven fra første stund. Dette er også videreført i grunnlovsrevisjonen våren 2014.

4.3 Begrensning av menneskerettigheter

Som det har fremgått av oppgaven, er selv ikke den mest grunnleggende av alle rettigheter, retten til liv, helt absolutt. Eksempler der retten til liv ikke er krenket er blant annet når liv går tapt i krig og i nødverge. Slik er det for alle rettigheter i krisesituasjoner. En generell begrensningshjemmel skal derimot regulere begrensninger i en for samfunnet «*normaltilstand*».

Det er gjerne to grunner som rettferdiggjør begrensninger med hensyn til rettighetsvernets rekkevidde; det er hensynet til samfunnet for øvrig og hensynet til andres menneskerettigheter. I forbindelse med grunnlovsrevisjonen våren 2014 var spørsmålet for Stortinget om en slik begrensning skulle komme til uttrykk i Grunnloven selv, eller som i dag, gjennom domstolpraksis.

²⁰⁸ «Fordrer statens tarv at noen må avgi sin rørlige eller urørlige eiendom til offentlig bruk, så bør han eller hun ha full erstatning av statskassen.»

4.3.1 Begrensninger i menneskerettighetskonvensjonene

EMK har gjennom en tredeling regulert adgangen til å begrense rettighetenes rekkevidde. Den første gruppen er rettigheter det ikke lovlig kan gjøres inngrep i. Disse er artikkel 2, 3, 6 og 7. Den andre gruppen er rettigheter som selv inneholder klart definerte begrensningshjemler eller presisering av at rettigheten ikke omfatter bestemte forhold. Retten til liv er et slikt eksempel, som jo presiserer at retten ikke er krenket om liv går tapt som følge av en krigshandling eller i nødverge. Den tredje gruppen av rettigheter i EMK kan begrenses ved lov, dersom det er nødvendig i et demokratisk samfunn for å ivareta nærmere bestemte formål.

I Grunnloven har § 100 om ytringsfrihet en slik begrensningshjemmel etter endringen i 2004. Grl. § 100 har blitt svært annerledes enn alle andre grunnlovsbestemmelser med sin detaljregulering og store omfang. Den er nærmest som en fremmed fugl i Grunnloven.

Etter FN-konvensjonene er systemet annerledes. ØSK artikkel 4 slår fast at det bare kan gjøres begrensninger i rettighetene dersom begrensningene er lovfestet og forenlig med rettighetens natur, under forutsetning av at en slik begrensning fremmer den generelle velferden i et demokratisk samfunn. SP har ingen generell bestemmelse som ØSK artikkel 4, men begrensningene i de forskjellige rettighetene er bygget opp på ulike måter.

4.3.2 Begrensninger i Grunnloven

Grunnloven har per i dag ingen generell begrensningshjemmel, men Grunnloven § 100, som den eneste, fastsetter selv at ytringsfriheten kan begrenses. Rettighetene er ikke dermed absolutte av den grunn. Begrensning av rettighetene i Grunnloven har utviklet seg gjennom rettspraksis, juridisk litteratur og politisk praksis.²⁰⁹

Lønning-utvalget foreslo at begrensninger i Grunnlovens rettigheter skal fastsettes i grunnloven og ikke bare følge av domstolenes praksis. Dette vil, i følge utvalgets syn, tydeliggjøre at de fleste rettigheter til en viss grad kan begrenses av hensyn til andres menneskerettigheter eller mot viktige samfunnsinteresser.²¹⁰ Utvalget viser til hvordan Høyesterett de siste årene har foretatt en vurdering av hvor inngripende begrensningene er målt opp mot formålet med begrensningen, og viser til dommer som eksemplifiserer dette.

²⁰⁹ Dokument 16 (2011-2012) s. 69

²¹⁰ Dokument 16 (2011-2012) s. 72

Da kontroll- og konstitusjonskomiteen behandlet saken våren 2014, ble det med samtykke fra presidentskapet, besluttet å innstille på å utsette behandlingen av dette forslaget. Ved å bruke mer tid på behandlingen av forslaget, skal det skapes større sikkerhet for at alle sider av tolkningsspørsmålene blir belyst.

Komiteen skal avgi innstilling om denne bestemmelsen på et senere tidspunkt. I skrivende stund er ennå ingen generell begrensningshjemmel vedtatt. Fristen for kontroll- og konstitusjonskomiteen til å avgi innstilling er satt til høsten 2015. Tidspunkt for behandling er ikke bestemt.

Grunnloven § 115 vil dersom den blir vedtatt, gi Stortinget adgang til å vedta lover som begrenser grunnlovsfestede rettigheter, forutsatt at det er nødvendig for å ivareta tungtveiende allmenne interesser. En begrensningshjemmel i Grunnloven skal i følge Lønning-utvalget, bidra til å synliggjøre gjeldende praksis og samtidig skape en større trygghet mot vilkårlige og tilfeldige begrensninger i menneskerettighetene. Om bestemmelsen vil bidra til dette, er omstridt. Noen, som Sejersted,²¹¹ synes å være enig med Lønning-utvalget og mener at den nye § 115 vil skape økt klarhet og forutsigbarhet. Andre som blant annet Eivind Smith,²¹² hevder en slik bestemmelse skaper usikkerhet om hvor langt rettighetene i grunnloven kan trekkes.

Også blant politikerne er det stor skepsis til bestemmelsen. Det var jo også derfor bestemmelsen ble bestemt utsatt. Sentrale politikere frykter at denne bestemmelsen vil gi Høyesterett altfor stort handlingsrom og mulighet for å utøve skjønn i forhold til Stortinget. Dette vil kunne forskyve maktfordelingen mellom de to.²¹³

En slik begrensningshjemmel vil i følge utvalget ikke innebære noe nytt, bare bidra til klargjøring og større trygghet mot vilkårlige beslutninger.²¹⁴ Hvorvidt dette medfører riktighet, er vurderingstema i det følgende.

4.3.3 Rettspraksis

I saken inntatt i Rt. 2015-206-A, den såkalte Maria-saken (som vist til i denne oppgaven ved flere anledninger tidligere), foretok Høyesterett en proporsjonalitetsvurdering etter mønster

²¹¹ Klassekampen 8. april 2014

²¹² Klassekampen 4. april 2014

²¹³ Klassekampen 5. april 2014

²¹⁴ Dokument 16 (2011-2012) s. 73

fra EMK. I domspremissene avs. (60) drøfter førstvoterende om og eventuelt på hvilken måte, det kan foretas lovlige begrensninger i privat- og familielivet. Høyesterett mener at det i tråd med de folkerettslige bestemmelsene som var mønster for denne delen av Grl. § 102, vil være tillatt å gripe inn dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger legitime formål og om det er forholdsmessig. En slik proporsjonalitetsvurdering av rettighetsbestemmelsene er ny i norsk forfatningsrett.

Ser en på tidligere praksis i spørsmålet om begrensning av rettighetene, vil det særlig være interessant å se på vurderingen Høyesterett har foretatt i saker om rettigheter som følger av de riktig gamle rettighetsbestemmelsene i Grunnloven som § 97 forbud mot retroaktiv lovgivning, § 100 om ytringsfrihet og § 105 retten til full erstatning. Til tross for at både Lønning-utvalget og Stortinget understreket at grunnlovsendringene ikke skulle føre til endring, kan det synes som om den nye praksisen likevel er en endring av gjeldende rett.

Forbud mot retroaktivlovgivning

En av de riktig gamle paragrafene som har fått stå uendret siden 1814 er § 97. Den bestemmer kort og godt at «*Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft*» og er en bestemmelse som har tjent borgerne vel. I forslagsteksten til ny § 115 listes opp rettigheter det ikke kan foretas begrensning i. Grunnloven § 97 på strafferettens område er en av rettighetene det ikke kan gjøres begrensning i. Det vil si at etter dette forslaget, vil muligheten til å foreta begrensning av rettigheten, være hjemlet på områder utenfor strafferetten.

Grunnloven § 97 har ikke helt det samme innhold som EMK artikkel 7, som beskytter borgerne mot å dømmes til straff uten at det foreligger en hjemmel som klart beskriver den straffbare handlingen og mot retroaktiv straffelovgivning. Grunnloven § 97 har altså et videre anvendelsesområde. Dette er nok forklaringen på hvorfor Lønning-utvalget har listet opp § 97, men bare på strafferettens område, som en av de bestemmelsene det ikke kan gjøres begrensninger i.

Selv om forbud mot retroaktiv lovgivning er en forutsetning for rettsstaten, har ikke domstolene oppfattet denne som absolutt. Bestemmelsen dekker tilsynelatende over så mye, og det nærmere innholdet i bestemmelsen er avklart gjennom rettspraksis. Lønning-utvalget viser til blant annet Rt. 1996 s. 1415 (Borthen) og Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole) som eksempler på hvordan Høyesterett praktiserer forholdsmessighetsvurderingen. I Borthen-dommen uttaler førstvoterende at «*Jeg ser altså vurderingen etter Grunnloven § 97 som et spørsmål om den aktuelle lovgivningen er klart urimelig eller urettferdig.*»

I plenumssaken i Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole) var det spørsmål om en endring av reglene om fradrag for merverdiavgift ved kjøp av personbil til bruk i trafikkopplæringen ved en kjøreskole, var i strid med tilbakevirkningsforbudet. Her uttrykkes det som et utgangspunkt om Grunnlovens gjennomslagskraft, at normen i Grl. § 97 åpner for mellomvarianter mellom et absolutt forbud og en helhetsvurdering hvor bare den særlig urimelige og urettferdige tilbakevirkning er forbudt. Førstvoterende viser deretter til Gullklauseldommen i Rt. 1962 s. 369 som et eksempel på en slik mellomvariant der omfattende private økonomiske rettigheter måtte vike for tvingende samfunnsinteresser. Normen er altså en helhetsvurdering hvor bare særlig urimelig og urettferdig tilbakevirkning er forbudt.²¹⁵ Denne læren går under betegnelsen *standardteorien*.²¹⁶

Selv om den siste dommen viser at det også må foreligge sterke samfunnsmessige behov for å godta tilbakevirkning, viser dommene for øvrig at selv om Høyesterett har foretatt en rimelighetsvurdering, tilfredsstiller ikke denne vurderingen det kravet om forholdsmessighet som følger av EMK.

I Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt) var spørsmålet for Høyesterett om omleggingen av rederiskatteordningen var i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97. Høyesterett kom under sterk dissens frem til at omleggingen var i strid med tilbakevirkningsforbudet. Førstvoterende som flertallet fulgte, anfører i spørsmålet om en lov som knytter virkninger til tidligere hendelser eller griper inn i etablerte rettsposisjoner er grunnlovsstridig, er avhengig av hvor sterkt tilbakevirkningselementet er. Dersom loven direkte knytter tyngende rettsvirkninger til tidligere hendelser, er loven som regel grunnlovsstridig. Om loven derimot bare gir regler om hvordan en etablert rettsposisjon skal utøves for fremtiden, er hovedregelen det motsatte. Mellom disse ytterpunktene finnes det overgangsformer.

Dommen kan tas til inntekt for det syn at dersom en lov knytter *virkninger* til tidligere hendelser eller griper inn i *etablerte* rettsposisjoner, er *tilbakevirkningselementets styrke* avgjørende for om den er i strid med tilbakevirkningsforbudet i § 97. Videre uttrykker dommen at dersom loven knytter nye *byrder* til tidligere hendelser, er loven *som regel* grunnlovsstridig. Den slår også fast i likhet med Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole), at det i så fall må foreligge sterke samfunnsmessige hensyn for å tillate tilbakevirkning. Slike hensyn forelå ikke og rederiene fikk medhold.

²¹⁵ Rt. 2006 s. 293 avs. (69)

²¹⁶ Andenæs s. 446

Disse eksemplene fra rettspraksis viser at det også i norsk rett blir lagt vekt på sterke samfunnsmessige hensyn ved vurderingen av om tilbakevirkning kan aksepteres, slik som etter EMK. Derimot har det ikke vært spørsmål om noen proporsjonalitetsvurdering i spørsmålet om inngrep i rettighetsbestemmelsen i Grunnloven § 97. En slik proporsjonalitetsvurdering krever at domstolen går inn i vurderingen av om et tiltak er fornuftig, nødvendig og rimelig.²¹⁷ Den slags vurdering er det vanskelig å finne i tidligere rettspraksis.

Retten til frimodige ytringer

I 1814 satte Grunnloven § 100 et absolutt forbud mot forhåndssensur av trykt skrift, og ga særskilt vern for ytringsfriheten på det politiske området. Grunnloven var således i forkant av sin tid.²¹⁸ Hverken forbudet mot sensur eller retten til frimodige ytringer er imidlertid blitt oppfattet som absolutte. Selv i et relativt liberalt land som Norge, har det forekommet at borgere er blitt dømt og straffet for sine ytringer.

Det er gjerne hensynet til andres menneskerettigheter som har begrunnet inngrep i ytringsfriheten, slik som i Rt. 1997 s. 1821 (Kjus-dommen). Kjus ble dømt for rasistiske uttalelser i et politisk valgprogram, altså på et område som tradisjonelt befinner seg i kjernen av rettigheten. Dommen ble avsagt under dissens. Førstvoterende som flertallet fulgte, foretar en avveining der hensynet til ytringsfriheten veier tungt.

Deretter foretas en vurdering av hvor inngripende begrensningen er målt opp mot formålet med begrensningen. Formålet med begrensningen som fremkommer av straffeloven § 135a er i følge førstvoterende, blant annet å forhindre spredning av og utbredelse av grove rasistiske ytringer. Hvorvidt den er egnet, er neste vurderingstema i dommen og deretter blir det fastslått at hvorvidt det er hensiktsmessig å ha en slik bestemmelse må bero på lovgivers valg. Denne dommen er derfor et eksempel på at Høyesterett har foretatt en forholdsmessighetsvurdering slik som etter forslaget til begrensningshjemmelen.

I dommen inntatt i Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) kommer Høyesterett til et annet resultat enn i Kjuus-dommen. Førstvoterende, som flertallet fulgte, viser til Kjuus-dommen og uttaler at ytringsfriheten skal tillegges meget stor vekt og at i dette ligger at det må være adgang til å uttrykke meninger som vekker sterke reaksjoner. Dommen er avsagt under sterk dissens.

²¹⁷ Høstmølingen s. 128-129

²¹⁸ Smith 2013 s. 418

Dommer Flock, som representerte mindretallet, mener at førstvoterende går for langt i å vektlegge hensynet til ytringsfriheten på bekostning av behovet for vern mot diskriminerende utsagn. Det foretas imidlertid ingen drøfting av hvorvidt denne begrensningen er egnet for formålet eller om den er hensiktsmessig.

Et annet eksempel er saken inntatt i Rt. 2007 s. 1807 (Vigrid). Dommen uttrykker at rekkevidden av straffeloven § 135a vil måtte bestemmes ut fra en avveining av hensynet til beskyttelse mot diskriminering på grunn av rase med mer, mot hensynet til friheten.

Vigrid-dommen er en av dommene Lønning-utvalget viser til som eksempel på den forholdsmessighetsvurderingen Høyesterett de siste årene har foretatt. Selv om retten ved denne avgjørelsen viser til domspremissene i Kjuus-dommen, er det som i Boot Boys ikke heller her foretatt en forholdsmessighetsvurdering helt slik som forslaget til begrensningshjemmelen innebærer.

Vern av privat eiendomsrett

Grunnloven § 105 om rett til full erstatning er en annen av de gamle bestemmelsene som kan være egnet til å belyse måten Høyesterett har foretatt begrensninger i rettighetene på, selv om denne bestemmelsen er listet opp som en av dem det ikke kan gjøres begrensninger i. Grl. § 105 har av domstolene blitt tatt på ordet, og regulerer tilfeller der noen må *avgi* sin eiendom til andre. Ved rådgighetsinnskrenkninger kommer bestemmelsen ikke til anvendelse.

Dersom statens tarv krever noens private grunn for å gjennomføre samfunnsnyttige tiltak, står ikke eiendomsretten i veien for dette. Men det er et krav i § 105 om nødvendighet for å godta inngrepet. Det er således et krav om forholdsmessighet mellom inngrepet i eiendomsretten og de formål ekspropriasjonen skal tilgodese. Et krav om proporsjonalitet går altså frem av rettighetsbestemmelsen selv.

I saker som er fremmet for domstolene, er det imidlertid ikke spørsmålet om nødvendighet eller forholdsmessighet mellom inngrepet og dets formål som er spørsmålet. Det er kravet om full erstatning. Eller mer presist, hva som utgjør full erstatning. Inngrep i § 105 er et spørsmål om full erstatning eller ingen erstatning, ikke et spørsmål om proporsjonalitet mellom tiltaket som hjemler ekspropriasjonen og selve ekspropriasjonen. Nedenfor følger to kjente eksempler på hvordan Grunnloven § 105 er blitt tolket og avgrenset.

Saken inntatt i Rt. 1970 s. 67 (Strandlovdommen) gjaldt en smal holme som i sin helhet ble rammet av byggeforbud i strandsonen. Førstvoterende viser til tidligere avgjørelser som uttrykker at dersom en legal innskrenking medfører en avståelse fra eierens side og en tilegnelse

fra statens side, som helt eller delvis overfører eiendomsrådigheten til staten eller andre, følger det av grunnloven § 105 og alminnelige rettsbegreper at det må ytes full erstatning. Det kan i tillegg ikke gjøre noen forskjell om tilegnelsen er vesentlig eller uvesentlig.²¹⁹ Det vil si at det i denne dommen ikke foretas forholdsmessighetsvurdering av tilegnelsens omfang. Det foretas heller ikke en slik vurdering av størrelsen på erstatningen. Dette fikk imidlertid ingen betydning for resultatet da det i denne saken, etter rettens skjønn, kun var snakk om en rådighetsinnskrenkning.

I Rt. 1976 s. 1 (Kløftadommen) går det frem at når Grunnloven § 105 uttrykkelig krever at det gis full erstatning, kan det ved avgjørelsen av erstatningsspørsmålet ikke være rom for noen rimelighetsvurdering i det enkelte tilfelle.²²⁰ Denne uttalelsen, som flertallet støttet, avviser i klartekst en forholdsmessighetsvurdering av spørsmålet om det skal gis full erstatning, som er den rettigheten som er hjemlet i § 105.

Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett) er imidlertid et eksempel på en annen vurdering. Hovedspørsmålet i saken var hvorvidt det inngrep i eiendomsretten som barns fiskerett etter lakse- og innlandsfiskloven § 18 innebærer, var av en slik karakter eller hadde et slikt omfang at det skulle utløse krav om erstatning etter Grunnloven § 105.

Høyesterett la til grunn at loven etablerte en ny rettighet for allmennheten, men at det i en slik situasjon måtte være adgang til en viss justering i pakt med tiden og forholdene, etter en nærmere vurdering av karakteren og omfanget av inngrepet i eiendomsretten som retten for allmennheten representerer.

Om barns fiskerett etter denne loven utløser krav om erstatning etter Grunnloven § 105 må etter førstvoterendes oppfatning, avgjøres etter en helhetlig vurdering der ulike momenter vektlegges. Formålet med bestemmelsen nevnes som et sentralt moment.²²¹ Mens det at barns fiskerett innebærer et mindre vesentlig inngrep i grunneierens fiskerett, har stor betydning. Avgjørende for Høyesterett var unntaksbestemmelsen i lovens § 18 fjerde ledd. *Grunneierens ulempe kan og skal på denne måten reduseres slik at den blir et mindre vesentlig inngrep som ikke utløser erstatning.*²²² Førstvoterende ser det slik at denne bestemmelsen skal forhindre at

²¹⁹ Rt. 1970 s. 67 side 70

²²⁰ Rt. 1976 s. 1 side 6

²²¹ Rt. 2004 s. 1985 avs. (59)

²²² Rt. 2004 s. 1985 avs. (61)

barns fiskerett medfører et inngrep av en slik betydning at det utløser erstatningsplikt etter grunnloven § 105.

Vurderingstema i denne dommen skiller seg fra det som ble oppgitt i de to først omtalte dommene. Denne dommen foretar en vurdering som ligger nærmere forholdsmessighetsvurderingen etter EMK og den foreslåtte § 115. Likevel mangler den en vurdering av om dette inngrepet var egnet til å nå det uttalte målet i loven, nemlig å fremme interessen for et enkelt og naturvennlig friluftsliv. Likeledes mangler dommen en vurdering av om inngrepet var nødvendig eller om målet kun nås med andre og mindre inngripende midler.

4.3.4 Delkonklusjon

Dersom Stortinget vedtar forslag til ny § 115 som åpner for begrensning i rettighetene dersom begrensningen er forholdsmessig og nødvendig for å ivareta tungtveiende allmenne interesser eller andres menneskerettigheter, vil dette medføre noe nytt i norsk forfatningsrett.

Forslaget er utformet etter mønster i de internasjonale konvensjoner om menneskerettigheter. Forholdsmessighetsvurderingen etter EMK krever for det første at tiltaket er egnet, og deretter om et så inngripende tiltak er nødvendig eller om målet kan nås på en mindre inngripende måte. Til sist må det foretas en avveining av rimeligheten, der en veier verdien av det aktuelle rettsgodet opp mot virkningen av inngrepet over for den borger som berøres.

Som forrige underkapittel viste har det ikke vært en slik generell rimelighetsvurdering eller forholdsmessighetsvurdering, i Høyesteretts praksis knyttet til begrensninger i de gamle rettighetsbestemmelsene. Det er derfor vanskelig å se hvordan dette harmonerer med Lønningutvalgets syn om at heller ikke denne bestemmelsen skulle endre dagens rettsstilstand. Imidlertid viser saken inntatt i Rt. 2015-206-A (Maria-saken) at Høyesterett foretar en forholdsmessighetsvurdering etter mønster fra EMK, om begrensning i en rettighet direkte inspirert av EMK.

Hva som vil bli det endelige utfallet for forslaget om en begrensningshjemmel, er foreløpig uvisst. Det er unektelig litt spesielt at domstolen har tolket inn en begrensningshjemmel lik den som Stortinget ikke var beredt til å vedta. Av Maria-dommen følger nå en rettsskapt begrensningshjemmel for traktatinspirerte rettigheter, annerledes enn det som gjelder for de gamle rettighetene, men som er helt i tråd med forslaget som ligger til behandling i Stortinget. Etter denne praksisen, som riktig nok er helt ny, skal det ved begrensning i rettighetene foretas en forholdsmessighetsvurdering og denne vurderingen skal ha for øye balansen mellom de

beskyttede individuelle interesser på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre.

4.4 Menneskerettigheter under press?

Det er lite i Stortingets behandling av grunnlovsforslagene som synes å bære preg av at menneskerettighetene i Norge er under press. Som oppgaven har vist kan det imidlertid være tegn som tyder på at Stortinget er mer tilbakeholdne med å grunnlovsfeste rettigheter av sosial og økonomisk karakter. Et eksempel på dette er grunnlovsforslaget om lovfestet rett til nødvendig helsehjelp, som ikke fikk nødvendig flertall. Dette er rettigheter som har med velferdsstaten å gjøre og med nasjonens økonomiske bærekraft.

Flere av bestemmelsene inneholder i tillegg en såkalt legge-til-rette-for-bestemmelse, eller at ”staten skal sikre” som innebærer en plikt for staten uten en tilsvarende rettighet for den private. Når den som plikten hviler på, selv bestemmer omfanget av denne plikten, blir det lite igjen av rettigheten. Grunnlovsfesting av sivile og politiske rettigheter var det derimot stor enighet om. Dette er rettigheter som er avgjørende for om en stat kan kalle seg rettsstat.

Når det gjelder formell lov, ser det det annerledes ut. På området for velferdslovgivningen lovfestes stadig flere rettigheter for borgerne. Som eksempler kan nevnes rett til barnehageplass fra det året barnet fyller et år. Fritt brukervalg er et annet eksempel. Dette er rettigheter av sosial, økonomisk og kulturell art. De samme som Stortinget var forsiktig med å grunnlovsfeste.

Motsatt ser det ut til å være for rettigheter av sivil og politisk karakter. Flere lovforslag og endringer senere år viser tydelig at lovgiver er påvirket av terrortrusselen og at menneskerettigheter til vern for den personlige frihet og sikkerhet er satt under press. Implementering av datalagringsdirektivet etter EØS-avtalen, er et eksempel på dette. Selv i et parti som Høyre, som tradisjonelt er sterkt opptatt av individets rettigheter, støttet et flertall implementering av dette direktivet. Forskrift om generell bevæpning av politiet er et annet eksempel på at lovgiver er påvirket av terrortrusselen og menneskerettighetene er under press. Forskriften som skulle sende Krekar i indre eksil er et annet. Det er mange eksempler på at lovgiver følger terrortrusselen.

For borgerne er kanskje den største trusselen, ikke terroristene selv, men nedbyggingen av rettsstaten.²²³ Siden tusenårsskiftet har borgerne akseptert stadig flere inngrep i rettigheter som for kort tid siden ville vært helt uakseptable. Nesten uten de helt store protester. Det er enklere å holde idealer og prinsipper høyt hevet i grunnlovsdebatter, enn når det kommer til praktisk politikk. Dette er et viktig argument for nettopp grunnlovsfesting av sentrale menneskerettigheter.

Forslaget om en grunnlovsfestet begrensningshjemmel, er kanskje et eksempel på at lovgiver føler noe press. Den kan være et uttrykk for at lovgiverne ønsker å skaffe seg det handlingsrommet de mener er nødvendig for å utøve sin politikk.

²²³ Graver, Morgenbladet 13.02.2015

5 Grunnloven - mer enn et visittkort?

Grunnlovsrevisjonen som Stortinget gjennomførte for snart et år siden, bygget på forslaget fra Lønning-utvalget som hadde fått sitt mandat av Stortingets presidentskap sommeren 2009. Oppdraget var *å utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det mål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang.*

Kontroll- og konstitusjonskomiteen nevner som en viktig premiss for sin innstilling til Stortinget, i likhet med Lønning-utvalget, at endringene ikke var ment å forandre det som allerede er gjeldende rett i Norge, men å gi en del av denne retten grunnlovs rang. Grunnloven skulle oppdateres og bli et juridisk, politisk og symbolsk samlende dokument som verner borgerne mot overgrep, sikrer dem frihet og trygghet nå og i fremtiden.

Dersom de nye grunnlovsbestemmelsene skal kunne verne borgerne mot overgrep, slik både Lønning-utvalget og Stortinget var opptatt av, må bestemmelsene være motstandsdyktige mot inngrep fra bestemmelser av lavere rang. En forutsetning for dette er at grunnlovsbestemmelsene gir uttrykk for subjektive rettigheter. Problemstillingen for denne oppgaven er i hvilken grad det nye menneskerettighetskapittelet i Grunnloven har endret dens positivrettslige karakter på rettighetsområdet, og om statusen er blitt mer positivrettslig, mindre eller uendret.

Oppgaven har søkt å finne ut om de nye bestemmelsene er bærere av subjektive rettigheter, og hvis så er tilfelle, om grunnlovsbestemmelsen gir noe nytt eller noe mer enn det som følger av lov og traktater. Et ytterligere spørsmål for oppgaven var hvorvidt de nye bestemmelsene, dersom de ikke gir noe nytt eller mer enn det som følger av intern rett og traktatforpliktelser, likevel er med på å endre Grunnlovens positivrettslige karakter på rettighetsområdet.

Oppgaven har behandlet utvalgte rettighetsbestemmelser i Grunnloven, og forsøkt å avklare om noen av disse bestemmelsene hjemler subjektive rettigheter og om de gir noe nytt eller noe mer enn det som fra før er gjeldende rett. Hovedinntrykket er at få av de nye bestemmelsene vil kunne endre dagens rettstilstand.

Når det gjelder generalklausulen i § 92 er konklusjonen, selv om stortingets behandling av denne kan ha skapt usikkerhet om hvorvidt internasjonale konvensjoner har fått grunnlovs rang, at bestemmelsen ikke medfører noe nytt i forhold til hverken forgjengeren som den erstattet, eller i forhold til lov og traktatforpliktelser. Bestemmelsen er en plikt for statens myndigheter til å respektere og sikre menneskerettigheten slik de er nedfelt i Grunnloven og i for Norge bindende traktater.

Retten til liv i Grunnloven § 93 kan åpne for en ny abortdebatt, i alle fall i forbindelse med den videre medisinske og teknologiske utviklingen, og ved en eventuell heving av øvre svangerskapsuke for abort. Når det gjelder spørsmål om rett til nødvendig helsehjelp for alvorlig syke pasienter er det sannsynlig at noen kan ønske å gå til domstolene for å få avgjort om deres rett til liv etter § 93 er krenket ved avslag på søknad om livsnødvendig og livsforlengende behandling. Dette er en problemstilling som ikke ble drøftet av grunnlovgiver. Det vil derfor være lite forarbeider å støtte seg til for domstolene ved et eventuelt søksmål mot staten. Grunnloven § 93 kan innebære en rettsliggjøring, ved at spørsmål vedrørende nødvendig helsehjelp for alvorlig syke pasienter, i fremtiden kan bli avgjort av domstolene, ikke av forvaltningen. Grunnloven § 93 verner om den mest grunnleggende av alle rettigheter og domstolskontrollen vil være særlig intens, jf. Kløfta-prinsippet.

Grunnloven § 94 gir ikke mye nytt i forhold til det som følger av ordinær lov og internasjonale traktatforpliktelser, på strafferettens område. Denne bestemmelsen har ikke endret rettstilstanden fra tiden før mai 2014, men har gitt det fra før gjeldende vernet grunnlovs rang. Et grunnlovsfestet forholdsmessighetsprinsipp kan imidlertid tenkes å få betydning for domstolenes kontroll med straffelovgivningen.

Når det gjelder bestemmelsen i Grunnloven § 95 første ledd første punktum om at enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol, gir ikke denne noe nytt, eller mer enn det som følger av ordinær lov og traktatforpliktelser. Grl. § 95 første ledd annet punktum kan imidlertid innebære noe nytt. Den kan komme til å fungere som en rettslig skranke dersom fremtidige lovgivere skulle ønske å gjøre inngrep i retten til rettferdig rettergang gjennom endringer i for eksempel tvisteloven og straffeprosessloven.

Uskyldspresumsjon som nå er grunnlovsfestet i § 96 annet ledd, følger fra før av rettspraksis og av internasjonale forpliktelser. Høyesterett har de siste ti årene som hovedregel tatt utgangspunkt i EMK artikkel 6 nr. 2 ved vurderingen av om uskyldspresumsjonen er overtrådt. Den nærmere grensen for når uskyldspresumsjonen er overtrådt, skal etter grunnlovsendringen fortsatt trekkes opp på bakgrunn av nasjonal og internasjonal rettspraksis på området.

Grunnloven §§ 102 og 104 ble behandlet samlet i denne oppgaven. Dette er nye bestemmelser med internasjonalt opphav. Rettspraksis på området viser allerede at retten til familieliv har begrenset gjennomslagskraft i saker om alvorlige forbrytelser. Rettspraksis viser også at terskelen for å gi barns interesser absolutt prioritet må være svært høy. Høyesterett har imidlertid skapt usikkerhet om hvordan barnets beste som et grunnleggende hensyn ved avgjørelser og tiltak som berører barn, skal praktiseres. Det er derfor foreløpig usikkert om de nye grunnlovsbestemmelsene §§ 102 og 104, vil endre dagens rettstilstand.

Et hovedtrekk ved de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene, er at de inneholder både individuelle rettigheter, men da i kjerneområdet for de enkelte rettigheter, og plikter for statens myndigheter. Grunnloven § 109 uttrykker en subjektiv rettighet i første ledd og bestemmer at enhver har rett til utdanning. Den nærmere avgrensningen av «*enhver*» og «*utdanning*» må imidlertid avgrenses gjennom tolkning. Statens plikt til å sikre adgang til høyere utdanning etter fjerde ledd, er en deklarativ bestemmelse med svakt rettslig innhold. På sikt kan det bli domstolenes oppgave å avgjøre det nærmere innholdet i bestemmelsen. Spørsmål kan oppstå i relasjon til noens rettslige status slik som statsborgerskap, og eventuell status som flyktning eller asylsøker. Bestemmelsen er en deklarasjon og således en svekkelse av rettighetskapittelets positivrettslige karakter. Tilsvarende gjelder for Grunnloven § 110.

For tolkning og avgrensning av de nye grunnlovsbestemmelsenes innhold, er det verdt å merke seg at Høyesterett i stor utstrekning bygger på praksis fra Strasbourg-domstolen ved sin tolkning. Fordi Høyesterett tolker de nye grunnlovsbestemmelsene og gir dem innhold, vil praksis slik den utledes av Høyesterett, ved motstrid tillegges større vekt enn praksis fra EMD. Av den grunn kan det derfor tenkes at grunnlovsfesting av rettigheter som allerede gjelder etter menneskerettsloven og bindende traktatforpliktelser, gir noe nytt eller noe mer etter hvert som tiden går.

Ingen rettighetsbestemmelser er helt absolutte. Internasjonalt er begrensningshjemler nedfelt på ulike måter i konvensjonene. I norsk rett er mulighet for begrensning eller inngrep i rettigheter, utviklet av Høyesterett. En generell begrensningshjemmel vil dersom den blir vedtatt, innebære noe nytt i norsk rett. Selv om Stortinget har utsatt behandlingen og bestemmelsens fremtid er usikker, er det imidlertid rettspraksis på området som viser at Høyesterett allerede har tatt i bruk en inngrepshjemmel i tråd med forslaget, men kun for en traktatbasert rettighetsbestemmelse. For de gamle rettighetsbestemmelsene som §§ 97, 100 og 105 gjelder en annen rettspraksis for begrensning.

I hvilken grad Grunnlovens positivrettslige karakter er endret, vil påvirkes av en eventuell vedtakelse av en inngrepshjemmel. Det er grunn til å lese inngrepshjemmelen som en svekkelse av hele rettighetskapittelet. Sett i et slikt perspektiv vil en inngrepshjemmel endre Grunnlovens positivrettslige karakter og det kan da være grunn til å lese hele det nye kapittelet som et visittkort. Grunnloven vil i så fall tegne et idealbilde av samfunnet og av de styrende makter, samtidig som lovgiver vil ha skaffet seg det handlingsrommet som den føler påkrevd eller ønskelig. En kan da spørre hva som i det hele tatt var hensikten med grunnlovsrevisjonen.

Etter denne gjennomgangen antas det at det nye rettighetskapittelet i Grunnloven bare i liten grad har endret grunnlovens positivrettslige karakter på rettighetsområdet. Dens status som positiv rett synes å være videreført. Den videre utviklingen avgjøres imidlertid av domstolene med Høyesterett i spissen. Gjennom tolkning vil rettighetenes innhold avklares og deres grenser defineres. Dersom domstolene likevel skulle komme frem til at bindende traktater har grunnlovs rang, blir inntrykket fort et annet. Da vil det være traktatene som er den øverste rettskilden på menneskerettighetsområdet, og EMD vil være det organet som tolker og avklarer rettighetenes nærmere innhold. Grunnloven ville fortsatt vært et samlende symbol, men ikke et rettslig og politisk verktøy på rettighetsområdet.

Spørsmålet om hvorvidt Grunnloven fortsatt er mer enn et visittkort, er helst et spørsmål om hvordan rettighetsbestemmelsen er utformet. Så lenge rettighetsbestemmelsene uttrykker subjektive rettigheter, vil Grunnloven bestå som et rettslig og politisk verktøy. Med forbehold om at bindende traktater ikke har fått grunnlovs rang gjennom Grunnloven § 92, og inntil en eventuell inngrepshjemmel er vedtatt, er konklusjonen at Grunnloven fortsatt er mer enn et visittkort.

6 Etterord - I tråd med grunnlovens ånd og prinsipper

For å samle trådene litt, vil jeg gå tilbake til analogien til Eidsvollsbygningen og restaureringsarbeidet. Det ble lagt betydelig vekt på at bygningen ved denne restaureringen skulle føres tilbake til slik den fremsto på Eidsvoll våren 1814. Det ble gjort et spesielt grundig arbeid for å avdekke gamle materialer og lignende. Bygningen hadde også tidligere vært gjenstand for restaurering, sist i forbindelse med jubileet i 1964. Den gang hadde man ikke vært like tro mot bygningens opprinnelige materialvalg og løsninger.

Slik kan man også se de endringer eller mangel på endringer, som er gjort på menneskerettighetsområdet i Grunnloven fra 1814 til begynnelsen av mai 2014.

På samme måte som Stortinget, ved hjelp av dyktige konservatorer og håndverkere førte Eidsvollsbygningen tilbake, gjennom farge- og materialvalg til sin opprinnelige prakt slik den fremsto i 1814, har Stortinget ved grunnlovsendringene i mai 2014 (kanskje) ført Grunnloven mer i tråd med dens ånd og prinsipper fra 1814.

Da kommunal- og moderniseringsministeren fredet bygningen i august 2014, uttalte han om bygningen; fredet - men den skal ikke være i fred!

Slik må det også være med menneskerettighetsvernet i Grunnloven. Menneskerettigheter dreier seg om beskyttelse av fundamentale rettigheter og friheter, og skal verne mot overgrep fra myndighetenes side. La oss derfor håpe at vernet Grunnloven gir, anvendes i praksis som positivrettslige bestemmelser som formell lov kan måles mot. På denne måten kan det bli tydeligere at det er Stortinget som gir bindende lover, ikke internasjonale organer, og at det er Høyesterett som dømmer i siste instans, ikke EMD.

Litteraturliste

Forfatter	Tittel
Andenæs, Johs og Fliflet, Arne	<i>Statsforfatningen i Norge</i> , Universitetsforlaget 2006, 2. opplag 2008
Bertelsen, Tor Ehlers	<i>EMK Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter</i> , Gyldendal Norsk Forlag 2011 1. utgave, 1. opplag 2011
Boe, Erik Magnus	<i>Rettskildelære under debatt</i> , Universitetsforlaget 2012
Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan	<i>Rettskildelære</i> , 5. utgave Universitetsforlaget 2001, 4. opplag 2010
Ginsburg, Tom	<i>Nytt norsk tidsskrift 3 2014</i>
Gisle, Jon	<i>Jusleksikon</i> , 4. utgave Kunnskapsforlaget H. Aschehoug & Co (W. Nygaard) A/S og Gyldendal ASA, Oslo 2010
Graver, Hans Petter	<i>Rettsstaten under angrep</i> , Morgenbladet 13. februar 2015, s. 26-27
Høgberg, Alf Petter og Høgberg, Benedikte Moltumyr	<i>Tolkning av Grunnloven</i> , Jussens venner 2013 s.193-226
Høstmælingen, Njål	<i>Internasjonale menneskerettigheter</i> , Universitetsforlaget 2012, 2. utgave 2012, 2. opplag 2013
Kierulf, Anine	<i>Hvilken rolle spiller Grunnloven § 100 i Høyesteretts ytringsfrihetspraksis</i> , Lov og rett 2012 s. 131-150
Nygaard, Nils	<i>Rettsgrunnlag og standpunkt</i> , Universitetsforlaget AS 2004, 2. utgave, 3. opplag 2012
Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven	<i>Dokument 16 (2011-2012)</i> , avgitt 19. desember 2011
Robberstad, Anne	<i>Hvem skal tolke grunnloven?</i> Aftenposten 6. november 2014. Debatt s. 10-11
Ruud, Morten og Ulfstein, Geir	<i>Innføring i folkerett</i> , Universitetsforlaget 2011, 4. utgave 2011
Saugstad, O.D.	<i>Tidsskrift for Den norske legeforening Nr. 1 – 14. januar 2010</i>
Sejersted, Fredrik	<i>Tidsskrift for rettsvitenskap</i> , 5/2014 s. 536
Smith, Carsten	<i>Bør menneskerettigheter styrkes i vår grunnlov?</i>

	Jussens venner 2006 s. 235-247
Smith, Eivind	<i>Konstitusjonelt demokrati</i> , Fagbokforlaget Vigmo- stad & Bjørke AS, 2. utgave, 2. opplag 2013
Smith, Eivind	<i>Konstitusjonelt demokrati</i> , Fagbokforlaget Vigmo- stad & Bjørke AS, 3. utgave 2015
Tellesbø, Ola	<i>Jussens venner</i> 2008 s. 312